



محمد تراكمذكور

الفقه الإسلامي

(١)

المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود

الطبعة الأولى - ١٩٥٤
حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الناشر لهذه الطبعة
مكتبة عبد الله وهبه

محمود محمد كور

الفقه الإسلامي

(١)

المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود

الطبعة الأولى - ١٩٥٤
المؤلف محمد سلام مذكور
٨ - ١١ - ٥٤ حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الناشر لهذه الطبعة

مكتبة عبد الله وهب

كل نسخة غير موقع عليها من المؤلف تعتبر مسروقة

مطبعة دار الكتاب العربي - القاهرة - مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رب اشرح لي صدري ، ويسر لي أمري ، واحلل عقدة من لساني
يفقهوا قولي . الحمد والشكر لك يا إلهي . يا نعم المولى ويا نعم النصير .
وأستعين بك يا ربى حتى يتم ما أبدأ به اليوم من الكتابة في مدخل
للشريعة الإسلامية : يتناول شيئاً عن تاريخ تشريعها ، ومصادرها ، ثم
الكتابة عن نظرة رجال الفقه الإسلامى للأموال والحقوق وطرق تملكها
والعقود بصفة خاصة طبقاً للاتجاه الجديد في دراسة الشريعة الإسلامية
بجامعة القاهرة .

وإن كان ضيق الوقت في العام الماضى لم يكن عقبة في إخراج كتابي
، المال والالتزام في الفقه الإسلامى ، لطلبة كلية حقوق الاسكندرية ، فإني
كبير الأمل في عون الله جل شأنه هذا العام . وإن كان الزمن أقل والعمل
أكثر . والله هو الموفق لما فيه الخير ؟

المؤلف

محمد سليم مدكور

١٢ من ربيع الأول - سنة ١٣٧٤

الموافق ٨ - ١١ - ١٩٥٤

الكتاب المقدس

مدخل للشرعة الاسلامية

التقسيم الأول

المسألة بتاريخ الفقه الاسلامي

الفصل الأول

التعريف بالشرعة الاسلامية

✖ — **التشريع** : مأخوذ من الشريعة التي من معانيها عند العرب الطريقة ما هو التشريع المستقيمة . ومن هذا المعنى قول الله تعالى : ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، . لكن الفقهاء ، يطلقون لفظ شريعة على الاحكام التي سنّها الله لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين صالحين في الحياة .

فالتشريع بناء على هذا هو سنّ القوانين سواء أكانت هذه القوانين جاءت عن طريق الأديان . أم كانت من وضع البشر وتفكيرهم . والأول يسمى . التشريع السماوي : وهو مجموعة الأوامر والنواهي والارشادات التي يشرعها الله تعالى لأمته على يد رسول منها . والثاني يسمى التشريع الوضعي : وهو مجموعة الأوامر والنواهي والقواعد التي يضعها فرد أو جماعة وتختارها الأمة بواسطة من له السلطان لتحكم إليها وتسير على ضوئها في الحياة .

✖ — **حاجة الناس إلى التشريع** : الناس بطبيعتهم في حاجة إلى تشريع يحدد لهم علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم . ويحدد من أنانيتهم ، وينظم صلاتهم والتزاماتهم ، وإلا لكان الأمر فوضى بين الناس يأخذ القوي كل ما يريد بقوته ، ويفقد الضعيف كل ما يحتاج إليه بضعفه . وخصوصاً أن

ضرورة التشريع
المجتمع

النفوس قد جبلت على الأثرة وحب الذات ، واندفعت تحت تأثير ميسول غرائزها المختلفة .

أضف إلى هذا أن الحياة الإنسانية حياة جماعية يسد كل فرد منها ثغرة في بناء المجتمع الإنساني ، فالفطرة قضت بأن الفرد لا يستطيع أن ينهض بشأن نفسه مستقلاً . بل هو في حاجة إلى معونة بني جنسه . فكان لا بد مع هذا من تشريع ينظم هذا التعاون ويحدده .

٣ — مميزات التشريع السماوي ومقدار الحاجة إليه : لا شك في أن الناس في أشد الحاجة إلى هذا التشريع لأنه من عند الله علام الغيوب الذي يعلم ما توسوس به النفس ، ويعلم ما في الأرحام . عالم الغيب والشهادة . فهو الذي لا تخفى عليه خافية . يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور وهو المنزه عن الخطأ ، الحكيم الخبير ، لا يضل ربي ولا ينسى .

حاجة الناس
للتشريع السماوي
ومميزاته

والإنسان مهما بلغت قوته وإدراكه ، ومهما قوى سلطانه وجاهه لا يستطيع أن يحيط بكل شيء ، ولا يعلم شيئاً عن سوء أخيه وجريمته إلا إذا كانت ظاهرة بينة أو قام عليها الدليل . كما أن الإنسان قاصر في تفكيره محدود في إدراكه مهما قوى عقله . وذلك بحكم بشريته وطاقته .

وفوق هذا وذاك ، فكل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب الآخروي ، فالإنسان مع هذا إن استطاع أن يتنكر لجريمته ويتنصل من عقاب الدنيا فإنه لا محالة ملاق حسابه في الآخرة يوم أن يقال للإنسان كفى بنفسك اليوم عليك حسيباً . وبهذا تكون أحكام التشريع السماوي رادعة قوية يخشاها الإنسان في السر والعلاية لا يستطيع أن يتهرب منها أو يحتال عليها ، ولا مفر للمؤمن بالله من طاعتها ، ومن يطيعها يثاب على ذلك . ولذا كان التشريع السماوي ضرورياً لحفظ كيان المجتمع ، لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً .

٤ — التشريع السماوي : هو خاتم الشرائع السماوية وأعمها ، وقد جاء بما شرع الله لعباده من الإرشادات والقواعد والأحكام على لسان

التشريع الإسلامي

رسوله محمد صلى الله عليه وسلم منذ أربعة عشر قرناً تقريباً بالجزيرة العربية وكان أول ما بدأ في مكة ثم انتهى بالمدينة ، وهو فوق كونه ديناً يتعبد به فهو قد جاء وافياً بحاجة الناس أفراد وجماعات ، عادلاً سهلاً من غير إفراط ولا تفريط ، أديباً صالحاً لكل زمان ومكان .

وإن كان التشريع الإسلامى أتى بما لم تجيء به الشرائع السابقة — لعدم حاجة الناس إليه وقتئذ — إلا أنه قد احتوى على خير ما جاءت به تلك الشرائع من أمور الدين متحاشياً منها ما لم يبق ملائماً لتطور الحياة ، ولا منسجماً مع سماحة الإسلام .

وفى الواقع أن التشريع الإسلامى وإن امتاز بعمومه وبقائه فهو لا يختلف عن باقى الشرائع السماوية فى مصدرها ، وفى الأصل العام الدينى الذى تدعو إليه « شرع لكم من الدين ما وصّى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » ، « وما أرسلنا قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون » .

التشريع الإسلامى
كلّى وجزئى

٥ - التشريع الإسلامى جاء بالقواعد الكلية^(١) : لم يأت التشريع الإسلامى فى الغالب بأحكام الفروع والجزئيات ، وإنما دل على الأحكام بوجه كلّى عام ، وقد تكون هذه الدلالة قطعية إن كان النص لا يحتمل إلا تفسيراً واحداً وقد تكون دلالة ظنية إن احتتمل أكثر من تفسير .

ومن أمثلة التشريع الكلّى قوله تعالى : « قل أحل لكم الطيبات » ، فإنها قاعدة كلية يندرج تحتها كل طيب من مطعم ومشرب وملبس . وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق » ، فإن هذه الآية تضع قاعدة كلية تشتمل على تحريم كل فاحشة ظاهرة أو

(١) نريد بالكلية هنا القواعد والضوابط التى تندرج تحتها جزئيات كثيرة ويكون الكلّى هنا بمنزلة العام والجزئى بمثابة أفراد . والجزئية هى الأحكام الموزعة على حوادثها وتدخل كلها تحت ضابط رئيسى أو قاعدة كلية

باطنة وتشتمل على تحريم كل ظلم وطغيان وعدوان على النفس أو العرض أو المال .
ومن أمثلة التشريع الجزئي : حكمه عليه السلام بتحريم الجمع بين المرأة
وعمتها أو خالتها . وقد علل ذلك بقوله : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم
أرحامكم ، ومثل حكمه عليه السلام « بطهارة سؤر الهرة لأنها من الطوائف
عليكم والطوافات ،

لهذا كان التشريع الإسلامي تشريعاً عاماً يتسع لكل ما يعرض للناس
من حوادث وأقضية ، تتغير بتغير الزمان والمكان ، وتوجد وليدة الحاجة
وتتجدد مع استمرار عجلة الزمن في الحركة . ويمكن معرفة حكم كل جزئية
بالرجوع إلى تلك الكليات بالاستنباط ، وقياس ما لم ينص على حكمه على ما
ورد فيه النص لوجود وجه الشبه بينهما . وقد كان الإسلام كذلك لأنه خاتم
الشرائع السماوية .

صلاحية هذا
التصميم لكل
مكان وزمان

٦ - التشريع الإسلامي والتشريعات السابقة : جاء الإسلام بخير
ما جاءت به الأديان السابقة من الأحكام الدينية التي تسير الزمن ولا تتأثر
باختلاف المكان فأقرها . وأبقى حكمها ، وأضاف إلى هذا من القواعد والأصول
العامّة الدينية والدينيّة ما جعله مسيراً لتطور البشر وتدرجه متمشياً مع نضجهم
وما يجد لهم من حضارات .

جاء الإسلام
بخيراً مما في الأديان
السابقة

٧ - التشريع الإسلامي والحضارات السابقة : لقد جاء الإسلام
ببعض ما عرفه العرب وعملوا به بحكم بيثتهم وعاداتهم إذ كان للعرب عادات
وتقاليد استفادوها من البلاد التي تجاورهم أثناء رحلاتهم التجارية في بلاد
الشام والعراق ، وقد كان هؤلاء على ثقافة عالية في الفلسفة والعلوم القانونية
إذ كانت بلاد الشام تطبق القانون الروماني . والعراق تطبق القانون الفارسي
ولا شك أنه حدث تلقيح فكري بينهم ، وتأثر كل منهم بالآخر شأن
الجيران والخلطاء ، ولا شك أيضاً أن العرب كان لهم في جاهليتهم نظم
يتبعونها رغم أنها أمة أمية لا تعنى إلا بالشعر والأدب والتاريخ واللغة .

الإسلام
والحضارات
القديمة

فقد كانوا يعرفون البيوع ومنها السلم (١)، وكانوا يرهنون ويرتهنون، وكان للزواج عندهم خطبة وصداق، كما عرفوا الطلاق إلى غير ذلك.

جاء الإسلام فأقر الصالح بما كانوا عليه، وناقضهم في كثير من الأمور وأبطل ما هم عليه مراعيًا مصلحة الناس، ولذا كان تشريعاً سهلاً مقبولاً تنجذب إليه النفوس. لأنه حينما خالف نظمهم خالفها في رفق وتدرج. «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما»، «لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون»، «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون».

اتجاه التفرع
نحو العقيدة

X - ما تناولته الشريعة الإسلامية: إتجه الإسلام أول ما إتجه إلى تكوين العقيدة فين للإنسان حقيقة الكون، وحقيقة نفسه، خاطب العقل وحرره من الأوهام، وإتجه به نحو السماوات وما فيها والأرض وما بها ليتأمل خلق الله، «ما ترى في خلق الرحمن من تفاوت فارجع البصر هل ترى من فطور ثم ارجع البصر كرتين ينقلب إليك البصر خاسئاً وهو حسير، (وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار)، (لا الشمس ينبغي لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار وكل في فلك يسبحون)، (وأنزلنا من المعصرات ماء ثجاجاً لنخرج به حيا ونباتاً...)

ثم يبين للناس - بعد أن طهر عقولهم وحررها - أن الله حق وأن ما هم عليه من عبادة الأوثان إثم وضلال مبین. (قل إني نهيت أن أعبد الذين تدعون من دون الله) ويبين للإنسان مقدار ضعفه (وما تدرى نفس ماذا تكسب غداً وما تدرى نفس بأى أرض تموت) ثم تناول العقائد الأساسية

(١) السلم هو بيع أجل بماجل. العاجل هو الثمن والأجل هو المبيع - كالتاجر يشتري القطن من المزارع قبل تمام نضجه ويدفع له الثمن فوراً وقد شرحت ذلك مفصلاً في كتاب «المال والالتزام في الفقه الإسلامي».

للاسلام كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ، وبرسله ، والبعث والثواب والعقاب وكلفهم الإيمان بكل ذلك .

ثم انتحى الناحية الخلقية ، فحارب الفوارق بين الناس إلا في طاعة الله وحسن الخلق ، لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى ، ، روض النفوس على حب الخير ، وحارب الكذب والنفاق والغضب والخيانة ، وحث على الصدق والأمانة والحلم ، حارب الرق والاستعباد ، ودعى إلى العمل والكفاح في سبيل الحياة ، فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور ، وهذا محمد رسول الله يقول : « اعمل لدنياك كأنك تعيش أبدا واعمل لآخرتك كأنك تموت غدا » . وهكذا تناول كل ما يدعو إلى الخلق القويم والعمل المجدي .

اتجاهه نحو
تقويم الخلق

وقد كان حامل الرسالة الإسلامية أول تليذ تخلق بأخلاقها . فلقد هذب الله رسوله محمداً وقوم خلقه : « عبس وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى أو يذكر فتنفعه الذكرى أما من استغنى فأنت له تصدى ، ويقول له في آية أخرى : « وتحنى في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تحشاه » . إلى غير ذلك من آيات التوجيه والإرشاد والتأديب ثم يقول له : « وإنك لعلی خلق عظیم ، ويقول محمد « أدبني ربي فأحسن تأديبي » . ويقول : إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق .

محمد أول من
تأدب بأدب
القرآن

اتجاه التشريع إلى الناحية الفقهية : بعد أن أعد الإسلام الناس هذا الإعداد . فهداهم إلى خالقهم وهذب من أخلاقهم اتجه بهم إلى الناحية الفقهية .

اتجاه التشريع
نحو الفقه

٩ — الفقه الإسلامي ومستمره : الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية

الفقه الإسلامي

العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية . أو هو كما يقول ابن خلدون في مقدمته : « هو معرفة أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة » ، وهي متلقة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفة من الأدلة . فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها الفقه ، .

تناول الفقه المسائل التي يتقرب بها العبد إلى ربه وهي قسم العبادات .
فشرع لهم الصلاة والصوم وهما من العبادات البدنية المحضة ، كما شرع لهم
الزكاة وهي عبادة مالية محضة . وشرع لهم الحج وهو من العبادات البدنية
والمالية معاً ، وفي كل هذه العبادات الشيء الكثير من مقومات الخلق
وترويض النفس على الطاعة وحب الخير للناس والإحساس بشعورهم .

كما تناول معاملات الناس وصلاتهم بعضهم ببعض فأبان الحقوق
والأموال وطرق تملكها وما يتعلق بها من التزامات ، وتناول الشخص
من ناحية أهليته وولايته وما يعرض لهذه الأهلية والولاية . تناول من
ناحية أحواله الشخصية أي من ناحية ما يتعلق بالأسرة وتكوينها ونظمها
فأبان الزواج والطلاق والنسب وما يتبع ذلك من وقف ووصية وإرث .
وهذا القدر هو موضع دراسة الشريعة الإسلامية في كليات الحقوق
بالجامعات المصرية .

كما تناول الفقه الإسلامي غير ذلك : من الحدود والجنايات والديات
والشهادات والقضاء والحرب والسلام والغنائم وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها
من الأمم والمعاهدات التي تتم بينهما .

وعلى كل فالفقه الإسلامي قد تناول كل شيء في حياة البشر . فهو دين
يتعبد به ، وهو منظم لأحكام الدنيا تناول كل ما يكون بين المرء وربّه
وبينه وبين نفسه ، وبينه وبين الآخرين . ماله وما عليه . تناول الفرد
والأسرة والجماعة والدولة ، ونظم ما بين كل هؤلاء من علاقات . دخل مع الفرد
في صميم نفسه وتفكيره . بين حدود الحاكم والمحكوم . تناول الحرب والسلام
 ووضع لكل شيء من ذلك أصلاً يتبع وقاعدة يقاس عليها لذا سائر الأزمان
وصلح لكل مكان وبذا يكون القرآن كتاب عقيدة وشريعة معاً ، وهذه
ميزته على الكتب السماوية السابقة أو كما يقول الفيلسوف ابن رشد هي معجزة
القرآن الكبرى .

الفصل الثاني

الأدوار التي مر بها الفقه الاسلامي

X ١٠ - إجمال ما طرأ على الفقه الاسلامي : لقد مر الفقه الاسلامي

من نشأته إلى الآن

في تكوينه بأدوار مختلفة قوة وضعفا متأثراً في ذلك بعدة عوامل . فبدأ في عهد الرسول لا يحتاج إلى جدل أو نقاش لأنه عهد الإنشاء والتكوين . يأتي الوحي بالحكم في المسألة ويبلغها الرسول للناس فيهدون ويسترشدون .

ومن بعده جاء عهد الخلفاء والصحابة الذين خالطوا الرسول وعاصروه وتعلّموا منه وكان عهدهم عهد تفسير وتكميل ثم جاء عهد التدوين والاجتهاد وهو العهد الذي ظهر فيه الأئمة المجتهدون وظهرت فيه المذاهب الفقهية نتيجة لإنساع رقعة الاسلام ووجود الفقهاء أمام عادات جديدة وحوادث ومساائل لم يسبق لها مثيل ويطلب فيها حكم الفقه الاسلامي . وفي هذا العهد كثر التدوين والتصنيف وقُعِدَت القواعد وردت الجزئيات إلى كلياتها .

ثم جاء من بعد ذلك عهد الركون والجمود عهد التقليد والارتكان على الثروة الفقهية التي تركها العصر السابق . ثم في عصرنا الحاضر بدأ الفقهاء يتنبهون إلى ما جد من مسائل وحوادث تحتاج إلى معرفة حكم الله . فأخذوا يعملون ليطبقوا حكم الفقه الاسلامي فيها . هذا إجمال الأدوار التي مر بها الفقه الاسلامي وإليك التفصيل .

عصر الرسول

X ١١ - كان للعرب قبل الاسلام عاداتهم وعرفهم ، ولهم بعض القواعد

حالة العرب قبل الاسلام والنظم التي ورثوها عن أسلافهم أو انتقلت إليهم من إختلاطهم بجيرانهم

الرومان والفرس . فقد عرفوا نظام القسامة^(١) . وقالوا القتل أنفى للقتل ، وكانوا في زواجهم يخطبون المرأة من وليها ، ويصدقها الخاطب ثم تزف إليه وعرفوا الطلاق والسلم والرهن ، وقد جاء الإسلام مقرا لها في كلياتها .

وكان العرب رغم هذا أمة فوضى من الناحية الاجتماعية ، وكانوا من الناحية الدينية يعبدون الأصنام التي يصنعونها بأيديهم ، وكانوا قبائل مختلفة النزعات مستقلة عن غيرها في كل شيء . لا رابط يربطهم ولا راية تجمعهم . انغمسوا في شهواتهم ، فخر كل قبيلة في قتال أختها وسفك دماء أبطالها وسبي نساءها ، وسلب أموالها وكان من عاداتهم الذميمة وأدالبنات تخلصا من عار حياتهن أو تنصلا من نفقات معيشتن ؛ تعاملوا بالربا الفاحش غير أنهم مع هذا امتازوا باستقلال الفكرة وقوة الإرادة والشجاعة والنجدة والجلود . فكان من رحمة الله تعالى بأولئك الأقوام أن يرسل للناس رسالة الإسلام يجعلها إليهم واحد منهم هو محمد بن عبد الله الذي ولد يتيما^(٢) وعاش فقيراً ، وهو وإن كان أرفعهم نسبا وحسباً وأجسنتهم محتداً إلا أنه لم يكن لأحد آباءه ملك أو سلطان فجاء يطلبه ، ولم يكن صاحب مال وجاه فأراد أن يحافظ عليه ، ولكنه اشتغل في حياته برعى الغنم ، فرعاها وعدل بينها والله أعلم حيث يجعل رسالته . يقول الله «ولسوف يعطيك ربك فترضى ألم يجدك يتيما فآوى ، ووجدك ضالاً فهدى ، ووجدك عائلاً فأغنى ، فأما اليتيم فلا تقهر ، وأما السائل فلا تنهر ، ومع هذا فقد حارب الجهل وهو الأعمى ، ودعى الكاتين إلى فهم ما يكتبون وما يقرأون . فقير يقيم لاحول له ولا طول . نشأ في أقرب الشعوب إلى سذاجة الطبيعة ، وأبعدها عن فهم نظام الخليفة ومع هذا فقد بهر العالم أجمع بما قرره لهم من أصول الشريعة . أليس هو برسالة . الذي خط للسعادة طريقاً لن يهلك سالكها ، وما محمد إلا رسول ، وما

بدء رسالة
الإسلام

(١) القسامة هي أن يحلب خسون من أهل الجهة التي وجد بها قاتل لم يعرف قاتله . يتخيرهم ولي الدم . أن يحلفوا بأنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلاً ، ثم يقضى بالدية على أهل الجهة جميعاً .
(٢) ولد عليه السلام ليلة ١٢ ربيع الأول عام الفيل الموافق ٢٠ / ٤ / ٥٧١ م

هو بالملك إن هو إلا بشر مثلكم يوحى إليه ، وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى .

١٢X — التشريع بين مكة والمدينة وما يمتاز به كل منهما: كان التشريع

تميز التشريع بمكة عنه بالمدينة

الإسلامى فى عهده الأول يتميز بين فترتين فيينا بدأ بمكة يوجه الناس إلى عقيدة التوحيد ، ويوجه أبصارهم نحو الكون والطبيعة ليحكموا بعقولهم على قوة الله وقدره الخالق ، قل هو الله أحد الله الصمد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد ، ثم ينههم إلى حقيقة أمرهم كيف كانوا ، والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون ، ثم يتجه نحو توجيههم إلى الخلق الكريم ، ويغضهم فى عاداتهم الذميمة واستمر التشريع على هذا نحو ثلاث عشرة سنة كان جلها فى هذه النواحي ولم يشرع فيها من الأحكام إلا القليل .

وبعد ذلك أذن الله لرسوله والمؤمنين معه بالهجرة من مكة إلى المدينة الوطن الثانى للدعوة الإسلامية ، وفيها اتجه التشريع إلى الناحية الفقهية وأخذت آيات الأحكام تنزل على الرسول الواحدة تلو الأخرى إما اجابة عن سؤال يستلونك عن الخمر والميسر قل فيهما أثم كبير . . . ، يستلونك عن الأهله . قل هى موافقت للناس ، ، يستلونك عن الأنفال . قل الأنفال لله والرسول ، ، يستلونك عن الساعة . . . ، يستلونك ماذا ينفقون . . . ، يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه . . . ، وإما بياناً لاستفتاء يستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن . . . ؟ ، ، يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلاله إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ،

آيات الأحكام وطريق نزولها

وقد تنزل آيات الأحكام من غير سؤال أو استفتاء وإنما لبيان الحاجة أو لإظهار حكم ، حرمت عليكم الميتة والدم . . الآية ، ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، ، يوصيكم الله فى أولادكم ، وهكذا استمر التشريع حتى اكتمل فنزل قول الله ، اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم

الإسلام ديناً ، وقد كانت هذه الفترة هي فترة التقنين الفقهي ومدتها كانت عشر سنوات .

١٣ — مصدر التشريع في هذا العهد : التشريع في هذا العهد كله من عند الله عن طريق الوحي إما بلفظه ومعناه وهو القرآن يبلغه الرسول كما أنزل إليه ، وإما بالمعنى فقط وهذه هي السنة وكلاهما من عند الله ، وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ، ، يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ، فكان التشريع في عهد الرسول مصدره الوحي .

١٤ — شخصية الرسول وأصحابه في التشريع في هذا العهد : قلنا إن الرسول كان يبلغ ما يوحى إليه للناس ، وليس له في هذا سلطان من التشريع « وما على الرسول إلا البلاغ ، فهل معنى هذا أن الرسول ما كان له أن يجتهد ويعمل على استنتاج الحكم فيما لم ينزل فيه الوحي ، وبالتالي هل لأصحابه هذا في عهده ؟ لقد كثرت كلام الفقهاء في هذا البحث (١) وليست دراستنا هذه تتسع لمثله . ولكن بالاستقراء يمكننا القول بأن الرسول قد اجتهد وأفتى برأيه الشخصي لأنه بشر له عقل ناضج وفكر سليم . فإذا لم يوفق إلى الصواب نزل عليه الوحي بالرأي الصحيح ، وإلا فيكون إقراراً من الشارع له .

فهذه غزوة بدر ، وقد وقع في أيدي المسلمين بعض الأسرى ، ولم يكن قد جاء وحي في حكمهم ، فسأل الرسول أصحابه الرأي فيهم فقال أبو بكر « قومك وأهلك استبقهم لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك ، وقال عمر « كذبوك وأخرجوك من بلدك فقومهم واضرب أعناقهم . هؤلاء أئمة الكفر والله أغناك عن الفداء ، فأخذ الرسول برأى أبي بكر . فنزل الوحي يبين له الصواب « ما كان لني أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ، :

(١) راجع في هذا كتب أصول الفقه ، وانظر الجزء الثالث من كتاب الروض النضير ص ١٨٦

وهذه غزوة تبوك ، وقد أراد بعض المنافقين التخلف عن صفوف القتال وتعللوا بأعذار دون أن يبين صدقهم فأذن لهم الرسول فجاء الوحي وعفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين .. الآيات .

وقد صرح الرسول نفسه بأنه يجتهد هو وأصحابه فيما لم ينزل فيه الوحي وقد يعلو رأى غيره رأيه . وهذه غزوة بدر حينما نزل الرسول بأصحابه المحاربين منزلاً اختاره من بدر استعداداً للقتال . فقال له الحباب بن المنذر : أهذا منزل أنزلك الله فلا نعدل عنه أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ فقال الرسول . بل هو الرأى والحرب والمكيدة . فأشار الحباب إلى منزل آخر ، ووافق الرسول عليه ، وكان سبياً في النصر .

إذنه لأصحابه
بالاجتهاد
في عهده

وهذا معاذ بن جبل بعثه الرسول إلى اليمن ليعلم أهلها ويقوم ببعض الأمر فيهم . وقال له : كيف تصنع إن عرض لك قضاء . قال : أقضى بما في في كتاب الله . قال فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسوله . قال فإن لم يكن في سنة رسوله ؟ قال أجتهد رأى لا ألوا . فسر الرسول من ذلك وقال : (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله) .

والراجح أنه يجتهد فيما لم يرد فيه وحى في الحروب ، وفي الأحكام الشرعية . فقد ورد عن أم سلمة قالت : (جاء رجلان من الأنصار إلى النبي صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست فقال النبي إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي وإنما أقضى برأى فيما لم ينزل على فيه . فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها يوم القيامة على عنقه) . (١)

أثر هذا الاجتهاد في التشريع
١٥ - أثر اجتهاد الرسول وأصحابه في التشريع : لم يكن الاجتهاد مصدراً من مصادر التشريع في هذا العهد لأنه عهد الرسالة فقد كان الوحي ينزل على الرسول بكل ما يحتاجون إليه ، وما كان اجتهادهم إلا فيما لم ينزل

(١) راجع كتاب أصول الفقه للرحوم الشيخ الخضرى ص ٤٤٥ وما بعدها .

به الوحي بعد . فإن كان الحكم الذى وصلوا إليه يحافى الصواب نقضه الوحي وإلا فهو إقرار من الشارع له . وبهذا يكون التشريع كله من عند الله فى عهد الرسول ومصدره الوحي رغم القول باجتهاد الرسول ووقوعه ومع هذا فى اجتهاده عليه السلام بيان لأصحابه والفقهاء من بعدهم إلى طريق استنباط الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى قواعد الكلية لوجود العلة فيها ويقول عليه السلام لأصحابه فى آخر أيامه فى الدنيا (تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما . كتاب الله وسنة نبيه) .

عصر الصحابة والخلفاء

١٦ - **الفتوحات والفقه فى عهد الصحابة** : فى هذا العهد أخذت الفتوح الإسلامية تتزايد . كما أخذ المسلمون يتزايدون تبعاً لذلك . فامتدت رقعة البلاد الإسلامية بعض الشيء وشملت أقطارا تختلف فى عاداتها ومشاربها وتختلف شدة حاجتها للأحكام تبعاً لاختلاف البيئة والمعيشة . فهذه مصر وتلك العراق واليمن وفى الناحية الأخرى بلاد الشام كلها بلاد إسلامية دخلها الإسلام بنوره قبل أن يدخلها المسلمون بسيوفهم وفى كل بلد منها من الحوادث والأمور ما يحتاج إلى معرفة حكم الفقه الإسلامى ، ولم يكن لهذه الحوادث والأمور مثل من قبل .

كان صحابة الرسول الذين عاشروه وخالطوه وتعلموا عليه ومرتوا أيامه على الاجتهاد فكان لزاماً أن تؤخذ منهم الفتوى وأن يتصدوا لها . وكانوا هم أنفسهم أصحاب السلطان ففهم الخلافة والحكم ولديهم من شئون الدولة وأمور السياسة العامة ما يجد من وقتهم وفوق ذلك فيحدثنا ابن خلدون بأن الصحابة جميعهم لم يكونوا أهل فتيا ولا كان الدين يؤخذ

وجود مسائل لم توجد فى عهد الرسول

اشتغال الصحابة بالحكم والفتوى

من جميعهم ، وإنما كان ذلك مختصاً بالحاملين للقرآن العارفين به وسموا لذلك بالقراء . وقد كان عهد الوحي قد انقطع بعد أن اكتملت الرسالة ووضعت القواعد العلمية جميعها . فكان لزاماً عليهم وقد مضى عهد الوحي أن يجتهدوا في تطبيق كل ما يعرض من أفضية ، وكل ما يجد من أمر على تلك القواعد التي في كتاب الله وستة رسوله . كان من اللازم أيضاً أن يتصدوا للقضاء والفتوى فوق ما تصدوا له من شئون الدولة وسياساتها العامة ، وكانوا على جانب كبير من الورع والصلاح يخشون الله ويخافون حساباً فخافوا الزلل والخطأ وكثيراً ما أحال بعضهم الفتوى على غيره مهابة وورعاً . كانت هذه العوامل سبباً لقصرهم الفتوى على المسائل الواقعة فعلاً ولا يجيبون على الأسئلة الافتراضية . وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استُفتي في مسألة . سأل عنها . فإن كان الموضوع الذي تطلب فيه الفتوى قد حدث ووقع أفتى وإلا قال : دعوها حتى تكون .

قصرهم الفتوى على الحوادث الواقعة

١٧ - احتياط أبي بكر وعمر في الأخذ بالسنة : احتياط الخلفاء الراشدون الأولون في الأخذ بالسنة عند استنباط الأحكام فلا يستدلون بها إلا بعد أن يستوثقوا من صحة الحديث وصدوره عن الرسول مخافة الكذب عليه . خصوصاً أن السنة لم تكن قد دونت بعد ، وأيضاً لتوجيه الناس إلى كتاب الله باعتباره الأصل الأول للتشريع مخافة انصرافهم عنه في استنباط الأحكام .

احتياط الخلفاء الأولين في الأخذ بالسنة

وروى أن أبا بكر رضي الله عنه جمع الناس بعد وفاة الرسول وقال : إنكم تحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافاً فلا تحدثوا عن رسول الله شيئاً . فمن سألكم . فقولوا : يدينا وبينكم كتاب الله . فاستحلوا حلاله ، وحرّموا حرامه ،

كما روى أن عمر بن الخطاب سمع صحابياً يروى حديثاً عن رسول الله

فقال لتأتني على ما تقول بيينة . فخرج . فإذا أناس من الأنصار . فذكر لهم ما كان بينه وبين عمر . فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله . فقال عمر أما أني لم أتهمك . ولكني أحبت أن أثبت .

لم يكن هذا منهما إشارة لعدم اعتبار السنة المصدر الثاني للتشريع ، وإنما كان للتشدد من صحة الحديث مخافة أن يدس أحد على رسول الله حديثاً أو يحرف فيه . ولقد حكى هما شخصياً في كثير مما عرض عليهما من الحوادث مستدلين بالكتاب والسنة .

وكان من أثر هذا أن الخلاف في الأحكام طوال هذه الحقبة من الزمن كان ضيقاً جداً ولعل هذا أيضاً كان دافعاً قوياً لإعمال الرأي والاجتهاد لاستنباط الأحكام من كتاب الله والثابت من سنة الرسول .

أثر هذا في
الفقه

١٨ - مصادر التشريع في هذا العصر : كيف كان الخلفاء وبقاى مصادر التشريع الصحابة يستنبطون الأحكام في هذا العهد وخصوصاً بعد أن جد من الحوادث والمسائل ما لم يسبق له مثيل في العهد الأول :

يروى أن أبا بكر خليفة رسول الله كان إذا جاءته مسألة يحتكم إليها أصحابها فيها ، نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن في الكتاب . وعلم عن رسول الله في ذلك سنة قضى بها ، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله . جمع رموس الناس وخيارهم . فاستشارهم فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به . . . وهكذا كان الأمر في عهد عمر إذا لم يجد في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ولا في عمل سلفه . جمع رموس الناس وخيارهم واستشارهم وقضى بما يجمعوا عليه .

فالتشريع إذن في هذا العهد طريقه الكتاب والسنة يجتهد الصحابة لاستنباط الأحكام منهما فإن اتفقوا على رأي في مسألة لم يجدوا لها حكماً كان ذلك إجماعاً ، وكان حجة يجب اتباعها ، لأنه أصبح مصدراً للتشريع ، ولذا حرص عمر على بقاء كبار الصحابة في المدينة ليسهل جمعهم ومعرفة رأيهم في الأحكام

اجماع الصحابة
على حكم لم يرد
فيه نص

التي تحتاج إلى إعمال الرأي حتى أنه حرم عليهم مبارحة المدينة إلا للضرورة

اجتهاد الصحابي
وحكمه

١٩ - إمبرهات الصحابي وأثره: لكن إذا لم يكن الحكم وليد إجماع وإنما كان نتيجة اجتهاد فردي . فإنه يكون غير ملزم ولا يعتبر مخالفه والآخذ باجتهاد آخر آثماً . يقول أبو بكر إذا اجتهد في أمر : « هذا رأيي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني واستغفر الله » ، وهذا عمر يقول بالنسبة لاجتهاده « إن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني عمر . لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة » ، وهذا كتاب عمر إلى شريح القاضي : « إذا أتاك أمر فاقض فيه بما في كتاب الله فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ، ولم يسن فيه رسول الله سنة فاقض بما أجمع عليه الناس . فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخر إلا خيراً لك .

من هذا نعرف مصادر الفقه في هذا العهد ونعرف أن الإجماع وجد في عهدهم وأنه كان ملزماً وأنهم كما يقول ابن القيم (١) ، « كان أصحاب رسول الله يجتهدون في النوازل ويقيسون بعض الأحكام على بعض » .

أثر تفرق الصحابة
على السنة

٢٠ - تفرق الصحابة في المدة وأثره: كثرت الفتوحات واحتاج الناس إلى من يرشدهم ويقضي بينهم بحكم الله . فكان لازماً أن يتفرق الصحابة على المدن وفيهم الحنك والقضاء فبقى عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعائشة زوجة الرسول مع من بقى من الصحابة بالمدينة ، وذهب علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود إلى الكوفة ، وأبو موسى الأشعري وأنس بن مالك إلى البصرة ، وعبد الله بن عباس إلى مكة ، ومعاذ بن جبل وعبادة بن الصامت إلى الشام ، وعبد الله بن عمرو بن العاص إلى مصر ، وكان من آثار هذا انتشار رواية الحديث ، كما كان هذا سبباً في اختلاف الرواية وتحريفها .

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٧٦ وما بعدها فله في ذلك كلام قيم .

التنازع على
الحكم وأثره
في الفقه

❧ ٢١ — التنازع على الحكم وأثره في الفقه: بعد أن قتل عمر بن الخطاب بيد آئمة في المسجد وتولى عثمان الخلافة — وكان أحد الستة الذين أشار بهم عمر ليم اختيار الخليفة من بينهم — فقامت فتنة بسبب ذلك إذ تشييع بعض الناس لعل بن أبي طالب ورأوا أنه أحق بالخلافة لأنه من قرابة الرسول ورأى آخرون أن عثمان أحق بها، ثم قتل عثمان وتمت البيعة لعل ثم قتل على وهكذا حتى اجتمع الناس على خلافة معاوية بن أبي سفيان الأموي بعد أن تنازل الحسن بن علي له عن الخلافة حقناً للدماء وحفظاً على وحدة المسلمين وجمع كلمتهم.

ومع هذا تركت هذه الحوادث المتتالية وراءها أحزاباً. فهؤلاء الشيعة الذين تشيعوا لعل وآل بيته، وهؤلاء الخوارج الذي كانوا في ركب على وفي صفوف جيشه وقد خرجوا عليه لما قبل التحكيم بينه وبين معاوية وكان من أثر هذا أن تفرق المسلمون وتباعداً وكل فريق يعتقد أنه على حق وأصبح كل فريق من هؤلاء في إقليم وجهة وهم متفاوتون في فهم الكتاب واستيعاب السنة، بل هذا التحزب جعل كل فريق لا يثق فيما انفرد به الفريق الآخر من الأحاديث وخصوصاً إذا كانت تتعلق بنظام الحكم والقضاء. كل هذا جعل مهمة الفقهاء شاقة، ولم تعد الأحكام الفقهية سهلة المنال، وأكثر من هذا أن تمكن الدسائس من وضع الأحاديث المكذوبة ولعل كل هذه الأمور كانت سبباً في وجود نزعتان في الفقه الإسلامي نزعة تنتج ناحية الرأي والاجتهاد وأخرى تقف عند الحديث، كما كان هذا أيضاً منبهاً ودافعاً لتدوين السنة والفتاوى.

عصر التدوين وأئمة المذاهب

أو عصر ازدهار الفقه الإسلامي ونموه

كثرة الجدل
الفقهي

٢٢ — الجدل الفقهي وأثره: تفرق الفقهاء في الأمصار كما تفرقوا في

الفكرة لسبب الإمامة والسياسة وبسبب تفاوت الفقهاء في القدرة على

استنباط الأحكام تبعاً لتفاوتهم في فهم معاني القرآن وحفظ السنة . فضلاً عن اختلاف البيئة والعرف في البلدان ، وتأثر الفقهاء بذلك . كل هذا كان سبباً في كثرة الجدل الفقهي الذي كان بدوره سبباً في النهوض بالفقه الإسلامي والتخصص فيه ، وعناية الحكام به لتبين الأحكام بين الرعية . فوضعت القواعد مستنبطة من المصادر الأصلية ، وبينت أحكام جزئيات كثيرة مستندة إلى أسبابها وعلاها ، وقيست الأمور على نظائرها التي تشترك معها في العلة . وتبع كل هذا كثرة الاستفتاء وكثرة الفتاوى .

المدن التي احتضنت فقهاء هذا العصر X ٢٣ — المدة التي انبثت منها الفقه في هذا العصر : وأهم المدن التي تربط فيها الفقهاء واستوطنوها في الأقطار الإسلامية ، وكانت مناراً ينبثق منها نور العلم والعرفان ، ويخرج منها هذا التراث الفقهي العظيم الذي أصبحت به الأمة الإسلامية تباهي جميع الأمم التي لها حضارة قانونية ، المدن التي عاش على ضوئها العلي جزء كبير من العالم فترة كبيرة من الزمن .

أهم هذه المدن . المدينة التي كان بها الرسول وأصحابه بعد الهجرة ، والتي بقي فيها الرسول يتلقى آيات الأحكام ، والتي كانت فيها سنته وبقي بها حتى دفن فيها جسده الطاهر ، وقد استوطنها في العصر الذي نتحدث عنه مالك وانتشر فيها فقهه ونشأ فيها مذهبه ، وهذه مكة التي ولد فيها الرسول وبدأت دعوته ، وفيها الكعبة بيت الله الحرام استوطنها الفقيه سفيان بن عيينه ، وهاتان المدينتان من بلاد الحجاز .

وهناك البصرة . والكوفة ، وبغداد من بلاد العراق كانت لا تقل عن سابقتها شأنًا في الاشتغال بالفقه الإسلامي وامتاز فقهاؤها بالاجتهاد والرأى وكان بالبصرة في هذا العهد الحسن البصري . وبالكوفة سفيان الثوري وأبو حنيفة النعمان ، وكان ببغداد أحمد بن حنبل ، وداود الظاهري ، وابن جرير .

ومن الجهة الأخرى نجد مدينة دمشق من بلاد الشام تحتضن الإمام

القطساط والأزمهر

الأوزاعي وينبعث منها فقهه وعلمه وأما مصر فقد أخذت حظها وافراً فاحتضنت الإمامين الشافعي والليث ودانت لهما بالفضل والعرفان وتلقت عنهما فقههما ، وقد كانت مدينة الفسطاط هي عاصمة الدولة بعد فتح عمرو ابن العاص لمصر ، وقد كان جامع عمرو الموجود الآن أول مسجد إسلامي بمصر ينبعث منه نور العلم والعرفان .

ثم كان بعد ذلك الأزهر الذي أنشأه جوهر الصقلي في عهد الدولة الفاطمية مركزاً ثقافياً هاماً ، وما زال الأزهر قائماً يحمل راية العلم والعرفان ، ويحتضن دراسة الشريعة الإسلامية وعلومها ، وإن كانت في الواقع شيخوخته قد أضعفت قواه . إلا أنه بدأ أخيراً يستعيد نشاطه وقوته بعد طول هدوء واستجمام .

٢٤ - المدارس الفقيرية وبراء الترويض والتصنيف: كان لكل إمام من تكوين المذاهب هؤلاء الأئمة الذين تصدوا للاجتهاد والبحث والتعمق تلاميذه ومريدوه الذين عرفوا فضله ، وعشقوا علمه ، والتفوا حول رأيه ، وأصبحت كل مدينة من هذه المدن بها مدرسة فقهية جمعت من الفقهاء والمجتهدين من يعنون بدراسة الكتاب والسنة وتفهم معانيهما ، واستنباط الأحكام منهما . فوق ما يدرس فيها من مختلف العلوم التي تتعلق بهذه الدراسات وقد كانت كل مدرسة من هذه المدارس تمتاز بطابع خاص يميز فقهها .

بهذا تأسس علم الفقه ووجدت الفروع الكثيرة والبحوث القيمة . لأن افتراض الحوادث والاجابة عنها الاستفتاء لم يكن قاصراً على الحوادث التي وقعت كما كان في العصر السابق وإنما تناول الأسئلة الافتراضية بل إن الفقهاء أنفسهم كانوا يفترضون جزئيات ويحيون عنها مع التعليل ، ويرجعونها إلى قاعدة أصلية وكان الفقهاء في الواقع في هذا العهد بين اتجاهين متمايزين ، أو بين مدرستين مختلفتين .

مذهب أهل الرأي : وكان مقره العراق وطابع هذه المدرسة ينحصر مذهب أهل الرأي في أن شرع الله قد اكتمل وبين قبل وفاة الرسول ، وأن شريعة الإسلام

شريعة معقولة المعاني ، وكان الأصل عندهم هو الكتاب والسنة الصحيحة وما أجمع عليه السلف الصالح ثم يأخذون بعد ذلك بالرأى وهو لا يكون إلا بعد تعقل واجتهاد .

وفي الواقع أن فقهاء هذه المدرسة قد تأثروا بطبيعة البلاد التي أقاموا فيها ، وتوجد أحاديث كثيرة مكذوبة على الرسول وأخرى مشكوك في روايتها أو راويها . وقد تزعم هذه المدرسة الفقيه النخعي وكان من البارزين فيها الإمام أبو حنيفة وأصحابه .

مذهب أهل الحديث : - كان مقر هذا المذهب الحجاز . وكان فقهاؤه يأخذون أحكامهم من الكتاب والسنة فلا يرجعون إلى الرأى إلا في القليل - وهم في ذلك على درجات - إذ قد صح في نظرهم من الأحاديث ما لا يصح في نظر فقهاء العراق ولعل منشأ هذا أن فقهاء هذه المدرسة تربوا وتثقفوا في الإقليم الذي كان مصدر السنة وموطن حملتها ورواتها ، وقد كان يزعم هذا الاتجاه سعيد بن المسيب (١) وبرع من بعده مالك والشافعي وأحمد

مذهب أهل
الحديث بالحجاز

٢٥ X - برء الثوري والتصنيف : ظهرت المذاهب والمدارس في هذا العصر على الوجه الذي يئنته فتبع ذلك أن تنبه الناس للتدوين بعد أن كثرت الأحكام ، وتشعبت المسائل حرصاً منهم على هذا التراث الجليل . فدونت في هذه الفترة الكتب الصحاح الستة في الحديث ، وقد بذل مدونوها مجهوداً شاقاً مضنياً في الجمع والتثبت من صحتها قبل تدوينها ، وقد تبع ذلك أن صنف علم مصطلح الحديث ، والتجريح والتعديل لمعرفة حال الرواة .

التصنيف
والتدوين

(١) من الطرائف الدالة على ثقل الروح الفقهية في هذا العصر أنه كان لسعيد بن المسيب هذا ابنة فزوجها أحد تلاميذه . واستمر بعد الزواج يتردد على درس أبيها ويجالسه طوال وقته فسألته زوجته عندما هم بالخروج أين هو يذهب فقال إلى درس والدك أتعلم عليه فقالت: اجلس أعلمك علم ابن المسيب . وكانت ملحة بفقهاء أبيها ذات رأى شديد . راجع المحاضرة التي ألقيتها بجمعية الشبان المسلمين وقد طبعت بعنوان « الأزهر والفتاة » .

كما دونت فتاوى المفتين من الصحابة والتابعين ، وصنفت كتب قيمة في تفسير القرآن والسنة ، وفي فقه الأئمة المجتهدين ، وفي أصول الفقه ، وعلوم اللغة العربية التي هي لغة القرآن . بل لم تقف همة فقهاء هذا العصر عند هذا الحد ، وإنما تخطى فقهاء العراق كل ذلك وعمدوا إلى ترجمة علوم أخرى كفلسفة اليونان ، ومنطق أرسطو ، كما وجهوا عنايتهم لدراسة الأديان الأخرى .

مدى خلاف
فقهاء هذا العصر

٢٦ — الفرق بين ائمة الفقهاء في القرنين العشرين : وإن كان

العصر السابق ، لم يختلف الفقهاء فيه وهم من الصحابة وكبار التابعين في أسس التشريع والقواعد العامة ولا في المصادر ، وترتيب الرجوع إليها ، وإنما كان اختلافهم - إن وجد - في الفروع والجزئيات . غير أنه في هذا العصر الذي كثر فيه الجدل والنقاش والمناظرات الفقهية . اتسعت هوة الخلاف بينهم ، وبعده مداه فشمّل شيئاً من الأسس التي بنى عليها التشريع .

أسباب اختلاف
الفقهاء

٢٧ — أسباب ائمة الفقهاء : ويمكن أن نلخص هنا الأسباب التي

دعت إلى اختلاف فقهاء هذا العصر في الآتي : —

(١) الكثير من الأحكام جاءت في مصادر الشريعة مجملة تحتاج في فهمها واستنباط الأحكام منها إلى شيء من الفكر والتأمل ، والعقل البشري يختلف في طاقته وقوته . ويتبع ذلك تفاوت الفقهاء في فهم أسرار الشريعة وعللها فيختلف قياسهم لاختلاف فهمهم .

(٢) كانت السنة إلى هذا العهد لم تدون فتاوت الفقهاء في حفظها والعلم بها . فقد تعرض حادثة على فقيه يحفظ فيها سنة عن رسول الله فيقضى بها ، وقد تعرض نفس الحادثة على آخر لم يحفظ فيها سنة فيحكم فيها بالاجتهاد والرأى ، وقد يختلف الحكم .

(٣) تناقل الناس رواية الحديث وهم متفاوتون دقة وإدراكاً فتبع هذا اختلاف في الرواية قد يتبعه تحريف بغير من المعنى وقد يكون هذا من غير

قصد ، وقد يكون مقصوداً ، فتبع ذلك أن تشكك الفقهاء في طريق الرواية بل وفي الراوى نفسه .

(٤) اختلاف البيئة والعادة ، وتغاير العرف بين الناس باختلاف الأقطار وتفرق الفقهاء فيها .

(٥) الاختلاف السياسى الذى أدى إلى وجود الشيعة والخوارج . فكانوا لا يأخذون بحديث ينفرد بروايته أنصار معاوية كما أن أحدهما لا يأخذ بحديث ينفرد بروايته الآخر .

٢٨ — الموالى والفقهاء — كانت سماحة الإسلام لا تفرق بين اجتهاد الموالى
في الفقه المسلم العربى أو العجمى ، ولا بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والرق في أخذ العلم والتفقه . الناس في نظر الإسلام سواء لا تفاضل بينهم إلا بالتقوى والعلم فقد تعلم الناس وتفقهوا على عائشه زوجة الرسول . كما أخذوا وتعلموا على غيرها من الرجال والنساء ممن عاشروا الرسول وصاحبوه من أى نوع كانوا . بل ومن الملاحظ أن الموالى قد برعوا في التفقه والقدرة على استنباط الأحكام مستعينين بما عندهم من الثقافة والنباهة والكتابة بمقتضى حضاراتهم التى كانوا فيها قبل أسرهم في الفتوح الإسلامية ، وقد ساعد على ظهورهم في العلم أن العرب — وكان الحكم فيهم — قد شغلوا بالسياسة وحكم الولايات عن التوسع في العلم ، وليس هناك ما يشغل الموالى عن الاستفادة والتزود من العلم ، وكان هذا سهلاً ميسوراً لهم والكثير منهم كان في خدمة فقهاء الصحابة والتابعين يخالطونهم ويلازمونهم ، ويأخذون عنهم عليهم وفضلهم .

نذكر من هؤلاء الموالى الفقهاء نافع مولى ابن عمر وكان من أعلم أهل المدينة، وعكرمة مولى ابن عباس من أشهر علماء مكة، وسعيد بن جبير مولى بنى واليه من أشهر علماء الكوفة، والحسن بن يسار، ومحمد بن سيرين، والحسن

البصري موالى زيد بن ثابت وكانوا من أشهر علماء البصرة ، ويزيد بن حبيب كان مفتى أهل مصر .

٢٩ - أثر السياسة في ازدهار الفقه : السياسة كما هي في كل العهود ^{السياسة وأثرها في الفقه}

تكون كالعصا السحرية ترفع وتخفض ، وحقاً الناس على دين ملوكهم فحينما يتجه الحاكم إلى ناحية إصلاحية يتسابق الناس إلى هذه الناحية ، وحينما يهملها الحاكم تبقى في سبات عميق وتلك سنة الله في كونه .

ازدهر الفقه الإسلامى في عهد الدولة العباسية في بدء تكوينها . إذ قامت هذه الدولة باسم الدين وللدین رغم أن بعض خلفائها كان في سلوكهم انحراف لا يتفق مع مظهر دولتهم الدينية . فكانت سياسة حكام الدولة العباسية وقد أخذوا الحكم ، وأرادوا أن يكسبوا عطف الأمة الإسلامية أن يقربوا إليهم الفقهاء ويعتنوا بهم ، فكانت مجالسهم دائماً فيها العلماء . وأظهروا للناس خضوعهم لأمر رجال الدين بصفتهم الحكام الروحانيين ، بل وكانوا يشتركون مع العلماء في المناقشات الفقهية والبحوث العلمية وإن كان لهذا بعض الآثار السيئة في هذا العهد فإنه لا شك قد أوجد نهضة علمية ، وعناية بالفقه لم يكن لها وجود من قبل . وأعل تقرب الحكام من الفقهاء كان مخافة أن يجتذبهم العلويون إلى صفوفهم وإني لأسوق حادثتين يدلان على مقدار تعلقهم بالفقهاء واحتمالهم لشدتهم .

كان الرشيد يرسل ولديه الأمين والمأمون لينخرطا في حلقة درس مالك ابن أنس ويدرسا عليه — مع من يدرس — الحديث والفقه . كما أرسل الرشيد إلى القاضى أبو يوسف من فقهاء العراق يطلب إليه أن يضع له نظماً للضرائب والجباية فيضع له كتاب « الخراج » ، ويستعمله بقوله للخليفة « إياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب ، وكن من خشية الله على حذر .. الخ .. » .

عصر التقليد والجمود

X ٣٠ - رد فعل التقدم الفكري : هذه سنة الله في كونه ولن تجد لسنة الله تبديلاً . كل شيء يصل إلى أقصى غايته لا بد أن يعود من حيث بدأ . فقد كان مع الأسف لهذا الازدهار رد فعل ، وبدأ في القرن الرابع الهجري يدب الضعف في جسم الدولة وتبع هذا جمود الفقهاء وضعف الاجتهاد . ولم لا وقد ترك السلف من الفقهاء ثروة فقهية طائلة قد دونت جميعها ورقت وأصبحت سهلة المنال ميسرة السبل . فلم إذن الإجهاد والاجتهاد والتعمق ما دامت الحياة في عهدهم أصبحت ركوداً بعد حركة .

ازدهار الفقه في
العصر السابق
وأثره هنا

X ٣١ - تقليد الفقهاء للأئمة السابقين والتعصب لهم : بدأ هذا العهد من منتصف القرن الرابع الهجري وقد تأثر الفقهاء بما أصاب الدولة في جميع شئونها فمات فيهم الاستقلال الفكري ، وتركوا أعمال الفكر والاجتهاد ، وركنوا إلى تقليد الأئمة ، وحصرُوا أبحاثهم في دائرة ضيقة محدودة كل في حدود مذهب فقيه سابق لا يحيد عنه وأصبح في نظرهم أن الآراء التي في المذاهب الأخرى خاطئة وأن كل ما ناله الإمام الذي يقلده صحيح لا يحتمل الشك ، وقد وصل هذا التعصب المذهبي إلى أن يقول الكرخي «الفقيه الحنفي ، كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ ، فأين هؤلاء من الأئمة السابقين . وهذا قول حمز بن الخطاب لأبي موسى الأشعري حين ولاه القضاء « إن الحق قديم لا يبتله شيء ومراجعة الحق خير من التماسه في الباطل ، ، وقول مالك « ما من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله ، ،

التقليد والتعصب

وبعد أن كان الراغب في التفقه يرجع إلى كتاب الله وسنة رسوله أصبح في هذا العصر يتلقى كتب مذهب معين يدرسها ليكون على بينة من طريقة استنباطه للأحكام ، وأصبحت عبارة الإمام السابق عندهم منزلة منزلة الشارع ويعتبرونها نصاً في الفقه لا يرجع عنه .

وبالجملة فقد زالت شخصية فقهاء هذا العصر في شخصية أئمتهم ، وأصبح همُّ الفقيه وغايته أن يطبق على قاعدة إمامه ويقيد بحثه العلى بفكرة إمامه ، ومع هذا فقد كان في هذا العصر من الفقهاء من لا يقلون شأنًا عن سابقيهم في عمق الفكرة وحسن الاستنباط والقدرة على الاجتهاد لكنهم مع هذا كان ينقصهم الجرأة والشجاعة في إعلان الرأي وتقبل النقد .

العوامل المؤدية
إلى الجمود
الفكري

٣٢ - أسباب الجمود الفكري في هذا العصر :

(١) قلنا إن ازدهار الفقه والعناية بالتدوين والتصنيف في العهد السابق جعل كل شيء معداً سهلاً لينال من بعدهم ، فانصرف فقهاء هذا العصر إلى الانتصار للأئمة والتعصب لهم ، ومهاجمة الآخرين .

(٢) تهيب العلماء نقد زملائهم وخصوصاً أن داء الحقد والحسد والأناية قد دبَّ في نفوسهم ، فكانوا إذا طرق أحدهم باب الاجتهاد انقضوا عليه وهاجموه بحق وبغير حق .

(٣) كانت الدولة نفسها قد انحلت وأصابها الضعف ولم يكن لها من النظم ما يتعين به المختص بالفتوى فتصدى للإفتاء من صلح له ومن لم يصلح فتعارضت الأحكام وتناقضت حتى كان الحكم القضائي يختلف في الحادثة الواحدة في البلد الواحد ، وكله باسم الدين مما بلبل الأفكار ، وأزعج العلماء فما كان إلا أن رأوا منعاً لهذا الفساد سد باب الاجتهاد ، وألزموا كل من يتصدى للفتوى بالتقيد بأحكام الأئمة السابقين .

٤ - الدعاية القوية التي قام بها تلاميذ الأئمة السابقين لنشر مذهب أئمتهم ، والاستعانة في ذلك بالحكام ببعض الأحيان فكثيراً ما أنشئت المدارس وقصر التعليم فيها على مذهب معين ، وخصصت للمعلم والمتعلم المكافآت مما أدى إلى التسابق عليها والانصراف عن غيرها والتفاني في إعلاء شأنها والخط من غيرها .

مراحل ترك الاجتهاد X ٣٣ - طبقات الفقهاء في هذا العصر: أدت هذه العوامل التي سبقناها

إليكم إلى الحد من الاجتهاد المطلق إلا أنها لم تحل بين العالم وبين الاجتهاد في فقه المذهب الذي يقلده، ومع هذا فهو لا يخالف إمامه في أصل من أصوله، ولكن في بعض الأحكام الفرعية. ثم جاء من بعدهم خلف انحصر اجتهادهم في استنباط المسائل التي جرت ولم يرو فيها رأى لإمامهم. أما المسائل التي ورد فيها رأى لإمامه فلا يستطيع مناقشتها. ثم ضاقت دائرة التفكير وانحصرت في الاجتهاد في استخراج علل الأحكام التي جاءت في المذهب فيزول ما فيها من خفاء وغموض. ثم انحصر اجتهادهم بعد ذلك في ترجيح إحدى روايتين في المذهب على الأخرى لأنها أصح رواية، أو لأنها أرفق بالناس أو أقرب للقياس.. واستمر الحال على ذلك حتى استقر على التقليد الصرف حتى أواخر القرن الماضي.

التصنيف في الفقه المذهبي وفائده X ٣٤ - كثرة التصنيف في الفقه المذهبي: لم تحرم هذه الفترة - مع

ما سبق - من الفقهاء الذين خدموا الفقه المذهبي، وجعلوا منه ثروة طائلة قوية، وتبع هذا أن كثر الجدل وشاعت المناظرات بين الفقهاء كل يجتهد في بيان وجهة نظر مذهبه، وظهر في هذا العصر الكثير من كتب الفقه والتفسير التي تعتبر مرجعاً ثميناً في الفقه المذهبي، والتي تكتظ بها مكتبات الفقه الإسلامي، وتتميز بها حتى وقتنا الحاضر.

عصر النهضة الحديثة

٣٥ - بدء الخروج على التقليد الصرف: لكل شيء نهايته

فلعصر التقليد والتقييد برأى أمام بعينه نهايته أيضاً، ولا بد أن يعود للفقه الإسلامي ازدهاره وقوته. فقد طال عهد التقليد، واشتد الناس ضيقاً بهذا التقليد بعد أن تغير الزمن، واختلفت العادات وتبدلت ظروف الحياة مما جعل المفكرين منهم يتجهون ناحية الغرب يقتبسون تشريعهم ويطبقونه في بلادنا

النهوض بالفقه والخروج على التقليد

الإسلامية ، واصل جمود العلماء ، ومعاهد العلم الاسلامى هي المسئولة عن ذلك وفى هذا الظلام الحالك الذى وصل إليه حال الفقهاء . اتجهت الحكومة العثمانية - وكانت تدعى تمثيل الخلافة الإسلامية - لإخراج قانون للمعاملات المدنية مقتبساً من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب مع مراعاة مصالح الناس وروح العصر ، وقد تم ذلك وصدر به قانون «مجلة الأحكام العدلية» فى أواخر القرن الهجرى الماضى (١)

مصر ونهضة
الفقه الإسلامى

٣٦ - نهضة الفقه الإسلامى فى مصر . نهضت مصر فى كثير من شئونها فى أوائل هذا القرن وبدأوا ينفضون عنهم ما كان يسبب لهم المتاعب النفسية ، وكان الناس قد بدأوا بالشكوى من التقيد فى الأحكام بمذهب معين . وظهرت شكواهم لولاية الأمر ، وللقضاة فيما يطرح أمامهم ، وللعلماء فيما يستفتون فيه . فعملت الحكومة على تأليف لجنة من كبار الفقهاء ، والمشرعين لوضع قوانين تؤخذ من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب معين مع مراعاة روح العصر فصدر القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وكلاهما قد حققا للتقاضين اطمئنانهم ورفع شكواهم وكشف عنهم غمهم ، وفى سنة ١٩٣٦ اتسع الأفق وخطت مصر خطوة جديدة نحو التخلص من التقيد المذهبي فكانت لجنة الأحوال الشخصية التى جمعت فطاحل الفقه والقانون وهاهى قد أخرجت للناس قوانين الوقف والوصية والميراث من غير أن يتقيدوا بمذهب معين وكان هدفهم فى وضع أحكام القانون أن تكون ملائمة لمصلحة الناس والتطور الاجتماعى ، ولا ندرى ما الذى تم فى قانون الأحوال الشخصية رغم طول عهد اللجنة .

(١) وإن كان فى الواقع قد ظهر فى منتصف القرن الثامن الهجرى من الفقهاء من حملوا على التقليد ودعوا إلى الاجتهاد والرجوع إلى الكتاب والسنة ، وعمل الساف الصالح أمثال ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم ، ولقد ظهرت آراؤهما واضحة وأخذ بها فى أوائل القرن الهجرى الماضى الوهايون فى بلاد الحجاز .

نهضة الفقه
في الأزهر

ومن ناحية أخرى فقد ظهرت هذه النهضة الفقهية في الأزهر وفي كليات الحقوق فأخذت دراسة الفقه شكلاً جدياً وبدأ الفقه في الأزهر يمشي مع الحياة وينظر في كل ما جد فيها ، وما زال الفقهاء في هذا العصر يأخذون في أسباب الرقي الفكري والبحث الحر المستقيم ، ولعل من آثار هذه النهضة ما تقرر في مؤتمر لاهاي من اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع العام - وها هي باقي الدول الإسلامية تسير مع مصر بخطى واسعة في هذا المضمار وفق الله الأمة الإسلامية إلى ما فيه صلاحها .



الفصل الثالث

تاريخ المذاهب المختلفة في الفقه الاسلامي

وقواعدها

تكلّمنا في الفصل السابق عن عصر الأئمة المجتهدين والمذاهب ، وأشرنا هناك إلى أن بعض المذاهب لم يتح لها البقاء ومنها ما بقي أتباعها حتى الآن وهي إما مذاهب وجدت لفكرة سياسية في الأصل أو كانت للفقه خالصة . وإليك موجزا عن هذه المذاهب :

٣٧ X - **مذاهب انقرضت أتباعها** : ظهر من الفقهاء أصحاب الرأي من تعمقوا في الفقه ، وكونوا لهم رأيا فيه وكانت لهم قواعدهم التي استنتجوها من الكتاب والسنة وكان لهم أتباع وتلاميذ إلا أنها انقرضت بانقراضهم ولم يبق لها وجود إلا في بطون الكتب . نذكر من أصحاب هذه المذاهب الأوزاعي وأبا داود الظاهري ، والحسن البصري ، وعامر بن شر حبيب الشعبي ، وسفيان الثوري والليث بن سعد .

٣٨ X - **مذاهب أسسها الخوارج على المخرفة والحكم** : قلنا إن المسلمين قد انقسموا بسبب الخلافة وكان منهم الشيعة والخوارج . فكانت لهم مذاهبهم الخاصة ولهم رأيهم الخاص في رواية الحديث من هذه المذاهب : **الاباضية** : نسبة إلى عبد الله بن أباض ، وهو من الخوارج وظهر مذهبه في منتصف القرن الثاني الهجري ، ومن أصوله عدم الأخذ بحديث تنفرد بروايته شيعة علي أو أتباع معاوية ، ويرون الخلافة لمن يصلح لها سواء أكان عجمياً أم عربياً ، ولهم أتباع في شرق الأردن وتونس والجزائر .

الإمامية

الإمامية الاثنا عشرية : وهم من الشيعة، وسموا بذلك لأنهم اثنا عشر إماماً . أولهم علي بن أبي طالب وآخرهم أبو القاسم محمد العسكري . خالفوا أهل السنة في كثير من المسائل . منها أنهم يرون الطلاق غير واقع إذا لم يصدر أمام شاهدي عدل (١) وأن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يعتبر طلاقاً واحدة (٢) ، ويمنعون تزوج المسلم بالكتابية ، ولا يعتبرون الرضاع محرماً للزواج إلا إذا بلغ خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن زوج واحد لم يفصل بينها رضاع امرأة أخرى . وما زال لهم أتباع في إيران والعراق .

الزيدية

الزيدية : فريق من الشيعة أيضاً اختلفوا معهم في الخلافة فهم يرون أنها في زمنهم لزيد حفيد الحسين بن علي بينما يراها الإمامية لأخيه محمد الباقر ولعلمهم أقرب الطوائف إلى جمهور المسلمين . يشترطون في إمامهم أن يكون مجتهداً ، ولذا كثرت فيهم المجتهدون ، وانتشرت آراؤهم في الفقه ، وما زال أتباعهم ينتشرون في اليمن .

الإسماعيلية

الإسماعيلية : ويسمون بالباطنية . وهم من الشيعة أيضاً إلا أنهم فيما يبدو لنا قد انحرفوا عن الطريق السوي وسلكوا في مذهبهم مسلكاً غريباً . فهم يتشككون في كثير من مسائل الدين كرمي الجمرات ، والسعي بين الصفا والمروة عند الحج ، ويرون أن التكليف والشعائر الدينية إنما هي للعامة من الناس دون الخاصة ، ويرون أن القرآن ظاهر وباطن وأنه لا معنى للأخذ بحرفيته وإنما يجب أن يفهم جميعه على طريق التأويل في معانيه ولذا يسمون بالباطنية ، ولهم أتباع حتى الآن ورئيسهم الروحي هو الزعيم الثرى أغاخان **الفاطمية :** هم فريق من الإسماعيلية ينسبون أنفسهم إلى السيدة فاطمة

(١) وبهذا لو بحث موضوع الطلاق ووضع له تشريع يحد من الفوضى التي نحن فيها وقد كتبت في ذلك فارجع إلى مقالتي في الأهرام في مارس سنة ١٩٥٣ .
(٢) والمحاكم الشرعية على هذا الآن .

الزهراء بنت الرسول وزوجة علي ، ولعلمهم أكثر اعتدالا من الاسماعيلية ولكنهم استطاعوا أن يكونوا لأنفسهم دولة هي الدولة الفاطمية التي فتحت مصر في عهد المعز علي يد جوهر الذي شيد الأزهر لنشر المذهب الشيعي .

الرواندية : وهم من أهل خراسان تشيعوا للعباسيين إلى حد بعيد وكانوا يرون أن الخلافة واجبة لبني العباس قرابة الرسول . وقد ذهب فريق منهم إلى الأخذ بنظرية التناسخ وقالوا إن روح آدم قد حلت في أحد زعمائهم ولعلك راجد أن هذه المذاهب التي تكلمنا عنها هي مذاهب سياسية أكثر منها مذاهب فقهية ، ولعلك قد رأيت ما أحدثه التشيع من آثار سيئة في العقيدة ولعل هذا أيضاً كان من أسباب كثرة الجدل الفقهي وتغلغل الروح الفقهية في نفوس أهل هذا العصر ، وحمل جمهور الفقهاء على التعمق في البحث ومناقشة ما جره هذا الانقسام السياسي من آراء فقهية .

٣٩ — المذاهب الفقهية البعثة الباقية أو المذاهب الأربعة : وهي المذاهب التي نشأت لمجرد اختلاف أئمتها في طرق فكرتهم وفهمهم للنصوص واتجاههم للرأي أو الحديث ولم يكن للسياسة أو الخلافة أثر في تكوينها .

المذاهب الأربعة
أبو حنيفة من
أهل الرأي

أولاً — المذهب الحنفي : نسبة للإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت ولد سنة ٨٠ هـ بالكوفة ، وتفقه فيها ، واستقدمه الخليفة المنصور إلى بغداد فرحل إليها وانتشر مذهبه فيها توفي سنة ١٥٠ هـ . كان أعلم أهل عصره إماماً محققاً قال فيه الشافعي : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة . كان فقيهاً أميناً ثبتاً في رواية الحديث لا يروى إلا الصحيح ، كان واسع المال ميسور الحال ، مصدر ماله تجارته . فقد كان يزاها يبيع الخمر . كان يزهّد في الجاه والسلطان رفض القضاء حتى جلد بالسياط ومع هذا فأصر على الرفض فسجنوه ففضل الحبس على أن يقضى بين الناس ويتحكم فيهم .

درس في مدرسة عبد الله بن مسعود ، وكان من أهل الرأي إماماً في القياس بارعاً في الاستحسان وقد نقل عنه أنه قال في طريق استنباط الحكم :

«إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته . فما لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات فإذا لم أجد لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ثم أخرج من قولهم إلى قول غيرهم فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلي أن اجتهد كما اجتهدوا ، وكانت إذن أصول المذهب الحنفي الكتاب والسنة المتواترة والمشهورة والإجماع والقياس وأخذ بالاستحسان . وكان ورعاً تقياً محباً لأهل بيت رسول الله كثير الصمت لا يتكلم إلا إذا سئل في مسألة فقهية فيتدفق عليه . تتلذذ عليه الكثير وأتى له الراغبون في فقهه من كل جهة . ولقد استمر معه بعض تلاميذه وعاونوه في وضع المسائل والإجابة عنها وكانوا لا يرون بأساً في مناقشة رأيه ومخالفتهم له إن تبينوا أن الصواب في غير دليله ونستطيع القول بأنهم شاركوه في تأسيس المذهب ومن أشهرهم :

- ١ — أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ولد سنة ١١٣ هـ ونشأ وتعلم في الكوفة وقد توفي سنة ١٨٢ هـ كان فقيراً وشغولاً بطلب العلم ساعده الإمام أبو حنيفة بالمال وأمه بعلته كما تفقه أيضاً على ابن أبي ليلى واشتغل برواية الحديث حفظ منه الكثير واستدل به مع أنه كان يغلب على فقهه طابع الرأي الذي تأثر به من شيخه الإمام أبي حنيفة ونقل مع باقي تلاميذ الإمام فقهه ونشروا مذهبه . اشتغل بالقضاء وقد أفاده هذا كثيراً في فقهه لأنه خابر الحياة العملية ومنها اشتق قياسه وهو من ألف الكتب في المذهب
- ٢ — محمد بن الحسن الشيباني ولده سنة ١٣٢ هـ نشأ بالكوفة ثم أقام ببغداد ، أدرك الإمام وتلذذ عليه فترة قصيرة لأنه عند وفاة الإمام كان لم يبلغ العشرين ثم درس على أبي يوسف وكان من أهل الرأي ثم رحل إلى الحجاز وحفظ الحديث وتلقى عن الإمام مالك فقهه كما أخذ عن الأوزاعي فجمع بين مدرسة الرأي ومدرسة الحديث واشتغل بالقضاء . كتب كثيراً في الفقه الحنفي

أصحاب أبي حنيفة
١ — أبي يوسف
كتب في المذهب

٢ — محمد
صاحب كتب
ظاهر الرواية

وله جملة كتب منها كتب ظاهر الرواية الستة المبسوط . الزيادات . الجامع الصغير . السير الصغير . السير الكبير . الجامع الكبير ، وهي تعتبر أصول المذهب الحنفي وقد رواها عنه رواة ثقة وله غير ذلك كتب غير ظاهر الرواية وهي لم تثبت نسبتها له بطريق التواتر توفي سنة ١٨٩ هـ .

رفع كان بارعا في القياس

(٣) زفر بن الهزيل بن قيس الكوفي ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ أخذ عن أبي حنيفة فقهه وتأثر به إلى حد أنه صار من أهل الرأي كان ماهراً في القياس قوى الحججة لم تعرف له كتب .

هذا وهناك غير هؤلاء الكثير من التلاميذ ومن هذا نجد الفقه الحنفي شركة بين آراء الإمام وأصحابه الثلاثة المذكورين . ولعل هذا المذهب أكثر انتشاراً في الهند . ومصر والترك . والعراق وغيرها . هذا وقد اصطلح الفقهاء أخيراً على أن يطلقوا على أبي يوسف ومحمد كلة (الصاحيين) وعلى أبي حنيفة وأبي يوسف (الشيخين) وعلى أبي حنيفة ومحمد (الطرفين) أما زفر فيسمى باسمه ولعل مرد هذا إلى قصر المدة التي قضاها بعد الإمام وقلة نقله عنه وروايته

مالك من مدرسة الحديث

ثانياً مذهب مالك : هو مالك بن أنس بن أبي عامر ولد بالمدينة سنة ٥٩٣ هـ وعاش بها حتى توفي سنة ١٧٩ هـ تعلم الفقه والحديث على علماء أهل المدينة الذين كان طابعهم الاستدلال بالسنة ولا يتجهون إلى الرأي اتجه أهل العراق . أودى كثيراً من أهل السلطان فقد روى أن والي المدينة جعفر ابن سليمان ضربه بالسوط لإفتائه بتحريم زواج المتعة على خلاف رأى جد العباسيين ، أو لأنه أفتى بأن البيعة لا تصح مع الإكراه ، أو لها معاً . وعلى كل فقد تحمل الإيذاء وصبر عليه . ومع هذا فقد كان قوياً في الحق لا ينتقل إلى رجال الجاه والسلطان ولا يحتك بهم . وروى عنه أنه رفض أن يجيب هارون الرشيد لطلبه وينتقل إلى قصره ليقراً موطأه على ولديه الأمين والمأمون وأصر حتى انتقلاهما إلى مجلسه وحلقة درسه واتخذ من مسجد الرسول مكاناً لنشر فقهه ودرس عليه أبو يوسف ومحمد والشافعي .

توسع في الأخذ
بالحديث والمصالح
المرسلة

ومن أشهر تلاميذه عبداقة بن وهب المصري وقد كان أعلم أصحاب مالك
بالسنة والآثر . وكان عبد الرحمن بن القاسم أيضا الثاني في تلاميذ الإمام
مالك فقد كان عالما أميناً بفقته مالك توفي بمصر أيضاً . ولعلهما هما اللذان
قاما بنشر مذهبه في مصر وسودانها وساحل أفريقيا الشملى . وله كتب منها
الموطأ أول كتاب من نوعه في جمع الأحاديث الصحيحة وأقوال الصحابة
والتابعين . ولقد كان لموطأ مالك شأن عظيم حتى رغب الخلفاء في جعله مرجعاً
رسمياً للناس في موضوعه .

والأساس في مذهبه أو أدلته وأصوله . الكتاب أولاً ، فالسنة المتواترة
فالمشهوره فأخبار الأحاد الثقة بشرط أن يؤيدها عمل أهل المدينة ثم الإجماع
فالقياص بعد ذلك وكان لعمل أهل المدينة أثر واضح في فقهه وفتواه .
وإن كان القياص عند مالك ليس له المكانة التي له في مذهب الأحناف إلا
أنه كثيراً ما كان يبني أحكامه على أساس ما سماه « المصالح المرسلة » .

الشافعي من
مدرسة الحديث

ثالثاً . مذهب الشافعي : هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن
شافع قرشي من بني طالب . ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ورحلت به أمه صغيراً
يتيماً فقيراً إلى مكة حفظ القرآن قبل التاسعة كما حفظ الكثير من الحديث
وكان قوى الذاكرة . ولما شب انتقل إلى البادية فتعلم فيها لغة البادية كما تعلم
الشعر والأدب وبرع في فن الرماية . ثم عاد إلى المسجد الحرام وفيه أخذ
علوم الفقه والحديث وحفظ موطأ مالك ثم رحل إلى المدينة فلقى مالكا وأخذ
عنه فقهه حتى توفي مالك وكان الشافعي قد قارب على الثلاثين فانتقل إلى اليمن
واشتغل على ولاية نجران . وفي سنة ١٨٤ هـ وشى به إلى الخليفة الرشيد فجاء
به إلى بغداد متهما بتشييعه للعلويين ومناصرتهم لكنه قد خرج من هذه التهمة
بقوة حجته وشهادة محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة الذي كان في حضرة الخليفة
بقي الشافعي بعد ذلك ببغداد ودرس تعاليم مدرسة أهل الرأي على محمد بن
الحسن وناظره وكثيراً ما كان ينتصر لمدرسة الحديث وفيه يقول ابن حجر

« إجتمع للشافعي علم أهل الرأي وعلم أهل الحديث فتصرف في ذلك حتى أصل الأصول وقعد القواعد وأدعز له الموافق والمخالف ،

وكانت أصول المذهب الشافعي : القرآن يعمل بظاهره مالم يقم الدليل على وجوب صرفه إلى ما يخالف الظاهر . ثم السنة المتواترة فالمشورة حتى خبر الواحد الثقة ولو لم يكن مشهوراً كما يشترط الأحناف ، ولا موافقاً لعمل أهل المدينة كما يقول مالك . ثم الإجماع ، ثم القياس بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنة وهو لم يتوسع في القياس توسع الأحناف . بل ذهب الشافعي إلى بطلان الأخذ بالاستحسان .

وكان كثير التنقل والترحال فتعرف شئون الناس وتجارب الحياة ثم عاد إلى مكة وتفرغ لنشر آرائه فتلقاها بعض الوافدين إلى الحج . ثم عاد إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ هـ فنشر مذهبه القديم ولم يمكث بها طويلاً ثم رحل إلى مصر سنة ١٩٩ هـ وبقي بها ينشر نور علمه وقد غير في آرائه وأحكامه بعد تجواله وتراحاله وعمل في مصر مذهباً الجديده وله من الكتب : الرسالة ، والام . توفي ودفن بمصر سنة ٢٠٤ هـ . وانتشر مذهبه في اليمن ودلتا مصر والحجاز وسوريا .

أحمد بن حنبل
من مدرسة
الحديث

راجعا : مذهب أحمد بن حنبل - نسب هذا المذهب إلى الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني العربي ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ من أبوين كريمين مات والده وهو طفل صغير وترك له اليسير من المال فتعهدته أمه ووجهته من صباه لدراسة علوم الدين فحفظ القرآن وتعلم اللغة وهو صبي . وعرف بالتقوى والورع وكان ثقة ونال إعجاب الناس من أيام صباه اختار لنفسه أن يدرس الحديث وروايته فتلقيه أولاً على أبي يوسف ثم انتقل إلى علماء الحديث ورواته ولازم الإمام هشيم بن بشير حتى وفاته ثم رحل بعد وفاة شيخه فطاف بالاقطار الإسلامية طلباً للحديث ومع هذا فقد منعه ضيق اليد عن متابعة رحلاته . التقى بالشافعي في بلاد الحجاز - وما كان يقصده أصلاً - فدرس عليه الفقه وأصوله وطرق استنباطه

كان لا يلجأ إلى القياس طالما وجد في المسألة سنة حتى المرسل منها والضعيف ،
له قاعدة في العقود عظيمة الأثر وهي أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر .

ولعلنا نستطيع أن نقول إن ابن حنبل كان محدثاً أكثر منه فقيها فلم يشتهر
بالفتيا ولم يكتب في الفقه بل روى أنه نهى أصحابه عن الكتابة في الفقه مخافة
الانصراف عن الحديث وترك مسنده وهو أصل يعول عليه في الحديث .
ولولا أن تلاميذه من بعده اعتنوا بتدوين آرائه وفتياه وجمعوها وجعلوا
منها مجموعة فقهية لا بأس بها لما كان ابن حنبل يذكر من الفقهاء ومع هذا
فنسبة المذهب إليه تحتاج إلى شيء من النظر .

هذا ابن حنبل الذي خدم الحديث والفقه والذي صبر صبراً جميلاً على
محنته أيام المأمون لما أثبت مسألة هل القرآن مخلوق أو غير مخلوق ، وقال هو
بأنه غير مخلوق وخالف في ذلك الخليفة فضرب بالسياط ضرباً مبرحاً وحبس
وبقى في بغداد حتى توفي ودفن فيها سنة ٢٤١ هـ ولعل مذهبه يكون أقل
انتشاراً من المذاهب الثلاثة السابقة التي كانت قد استقرت في البلاد وعمل
بها الناس وأتباعه في الحجاز بكثرة وله من يتبع مذهبه في مصر وفلسطين .



القسم الثاني مصادر الفقه الاسلامي

الفصل الأول

المصادر التي كانت في عهد الرسول

أولاً - القرآن الكريم

٤ - المصدر الأول القرآن : هو كتاب لا ريب فيه هدى للمتقين
هو أساس الدين . ويعرفه علماء الأصول : بأنه الكتاب المنزل على محمد صلى
الله عليه وسلم . باللفظ العربي ، المنقول إلينا بالتواتر المبدوء بسورة الفاتحة
والمختوم بسورة الناس . وقد نزل به الوحي على محمد بمعناه ولفظه ليحفظه
ويبلغه للناس كما أنزل إليه ، يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ،

ترجمة القرآن : على هذا الأساس فإن ترجمة القرآن لا يصدق عليها هذا
التعريف فلا تعتبر قرآناً ، وإنما هي تفسير للقرآن سواء في ذلك الترجمة
الحرفية وغيرها . وقد كان هذا الموضوع محل بحث كبير وجدل طال بين
العلماء ليس هنا محله .

نزول منجماً وحكمة : نزل القرآن على محمد منجماً بياناً للحكم أو جواباً
لسؤال أو استفتاء كما سبق بيانه والحكمة في ذلك أن يحفظه الرسول ويعيه
وهو الأئمة الذي لا يقرأ ولا يكتب ، وقال الذين كفروا لو لا أنزل عليه
القرآن جملة واحدة . كذلك لنثبت به فؤادك ، ومنها أن يكون ذلك أبعث
على القبول وعلى فهمه وتعرف أسرارهِ ومراميهِ . بل وفي نزوله مفرقاً رحمة

نزوله منجماً
وحكمة ذلك

بالناس إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لشق عليهم وثقلت تكاليفه خصوصاً وأنه فوق كونه ديناً يتعبد به فهو تشريع منظم لأحكام الدنيا .

وأول ما نزل من القرآن « اقرأ باسم ربك الذي خلق . خلق الإنسان من علق . اقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم . علم الإنسان ما لم يعلم ، وقد فوجيء الرسول بنزول الوحي وكان في غار حراء . فارتجف وارتعدت فرائصه ورجع إلى أهله . وقال زملوني . دثروني . فزملوه ودثروه ثم نزل الوحي بقول الله تعالى « يا أيها المدثر قم فأنذر .. » .

أول وآخر ما نزل منه

وآخر ما نزل من آيات الأحكام قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

أما آخر آية نزلت من القرآن جميعه فهي على الأرجح « واثقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون ، وقد بينا من قبل أن منه ما نزل بمكة وكان يتجه نحو العقيدة وتقويم الخلق . وباقية نزل بالمدينة ويتضمن آيات الأحكام .

كان محمد عليه السلام يجهل القراءة والكتابة يقول الله تعالى « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه يمينك » ، حرص محمد على حفظ ما جاء به الوحي أولاً فاولاً مخافة نسيانه أو ضياعه وخاصة في أول رسالته فجاءه الوحي بقول الله « .. لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ... » واستعان محمد الأعمى بالكتّاب من أصحابه ومنهم الخلفاء الأربعة ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت ، ومعاوية بن أبي سفيان ، والمغيرة بن شعبة والزبير بن العوام ، وخالد بن الوليد . وكانوا يكتبون على سعف النخل ، والحجر الرقيق ، وما يتيسر لهم من العظام ، وتحفظ صورة في بيت الرسول ويأخذ كل منهم لنفسه صورة وكان يشير عليهم الرسول بتدوينها على الوضع الذي عليه القرآن الآن .

كتابة القرآن وجمه

السلام التي تناولها القرآن: قلنا من قبل إن القرآن جاء بالقواعد الكلية فلم يبين حكم كل جزئية حدثت أو ستحدث . وبهذا كان صالحاً لكل زمان ومكان ينطبق على ما كان وما يمكن أن يكون وهذا من سر إعجازه ، ومع هذا فروعى فيها دفع المشقة عن الناس ومنع الحرج فلم يكلفهم بما يشق عليهم مشقة تضيق بها صدورهم بل كان يسراً سهلاً ليناً . يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ، ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ، . هذا مانكتني بتقدمه لكم هنا عن القرآن تاركين تفصيل الكلام من ناحية دلالة على الأحكام إلى علم أصول الفقه .

ثانياً — السنة

٤١ — تعريف السنة : يطلق علماء اللغة كلمة سنة ويريدون بها الطريقة ومن هذا قوله عليه السلام : من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة . ويراد بالسنة هنا . ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن مينة له ومظهرة وهي إما أن تكون قولية وتسمى الحديث ينزل به الوحي لكن لا باللفظ والمعنى كما في القرآن ، وإنما بالمعنى فيعبر عنها النبي بلفظ من عنده وإما أن تكون السنة بفعل بفعله الرسول بعد تفكير واجتهاد ويتبعها المسلمون وتسمى سنة فعلية وقد تكون تقريراً لاجتهاد أصحابه وتسمى سنة تقرير وهو في كل هذا لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى .

مجيئها في التشريع : أمرنا الله بطاعة الرسول ، أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، ومن يطع الرسول فقد أطاع الله ، ، وما أتاكم الرسول فخذوه . . . ونحن إذ نتمسك بالسنة ونعمل بها إنما نتمسك بكتاب الله ونعمل به لأنها مينة له ومفسرة . قيل لأحد الصحابة : لا تحدثونا إلا بالقرآن . فقال : والله لا نبغى بالقرآن بدلاً ، ولكن نريد من هو أعلم

مراعاة التبسيط
وعدم الحرج
في التشريع

تعريف السنة

حجبتها في
التشريع

منابه، ولم هذا . ألم يكن النبي فيما يصدر عنه من قول أو فعل أو تقرير يتلقاه عن الوحي ، وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ، ، وقد روى عن حسان بن عطية أنه قال : « كان الوحي ينزل ويحضره جبريل بالسنة التي تفسر ذلك » .

ولذا نجد كل فرع له في القرآن دليلاً منها . حتى أن بعض رجال الحديث بوبوا الحديث على أبواب الفقه ليسهل استخراج الدليل من الكتاب وما يوضحه من السنة فهي مينة للمجمل منه ومع هذا فالسنة مصدر مستقل من مصادر التشريع فقد ثبت بها أحكام غير منصوص عليها في القرآن مثل الأحاديث الواردة بمشروعة الشفعة وخيار الشرط إلى غير ذلك .

أقسام السنة وتفاوت الفقهاء في الأخذ بها : ما روى عن الرسول إما أن يكون مسنداً أو مرسلًا وبمعنى آخر إما أن يكون متصلاً في روايته أو منقطعاً ، والمسند — المتصل — إما أن يكون (١) متواتراً أي تواترت روايته عن جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب من زمن الرسول حتى تدوينه وهذا يفيد اليقين ، وهو حجة فيما ورد فيه والأخذ به محل اتفاق الفقهاء ، (٢) وإما أن يكون مشهوراً وهو ما كان من أخبار الأحاد في القرن الأول ولم تتوافر فيه شروط التواتر ثم انتشر في القرنين الثاني والثالث ونقله جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب وقد اتفق الفقهاء على الأخذ به واعتباره مصدراً تشريعياً ، وهو وإن لم يفد اليقين فإنه يفيد طمأنينة قوية ، (٣) وإما أن يكون خبراً واحداً وهو ما لم يبلغ حد التواتر أو الشهرة سواء رواه واحد أو أكثر من واحد . وهذا الذي يتفاوت الفقهاء في الأخذ به كما يتفاوتون في الأخذ بالحديث المرسل وهم في ذلك على درجات كما سبق ذكره .

أقسام السنة
مسند ومرسل

تفاوت الفقهاء
في الأخذ بخبر
الواحد

كانت هذه هي مصادر التشريع الإسلامي في عهد الرسول وهي كما علمت مصادر مستقلة بذاتها في التشريع أما اجتهاد الرسول وأصحابه في عهده فقد سبق الكلام عنه ، وبانتقال الرسول إلى دار البقاء انقضى عهد التشريع إذ تمت شريعة الله ووضعت كلياتها ، اليوم أكملت لكم دينكم .

الفصل الثاني

مصادر التشريع بعد عهد الرسول

غير الكتاب والسنة

منى يعتبر الحكم
بجماع عليه

٤٢ - الإجماع : هو اتفاق كل مجتهدى الأمة الإسلامية في عصر
على حكم شرعى ، فلا بد لتحقيقه من شيئين : أن يجمع المجتهدون في الأمة على
رأى ومن شروط المجتهد ألا يكون فاسقاً وعلى هذا لو أجمع غير المجتهدين
على رأى لا يكون إجماعاً . الثانى أن يتفق جميع المجتهدين لا يشذ عنهم أحد
كبرت درجته أم صغرت مادام يعتبر مجتهداً فلا يعتبر إجماعاً إذا اتفق الخلفاء
والمجتهدون من الصحابة على رأى وخالفهم مجتهد من التابعين الذين عاصروهم
ولعل هذا ما دفع عمر بن الخطاب إلى تحريم مبارحة المدينة على كبار الصحابة
ومجتهديهم إلى الأقطار التى دخلت فى الإسلام .

آراء الفقهاء فى
الإجماع

والإجماع بهذا المعنى ليس محل اتفاق فالإمام مالك من الفقهاء اكتفى
لتحقق الإجماع باتفاق مجتهدى أهل المدينة ، بينما يرى الشيعة أن الإجماع
يتحقق باتفاق مجتهديهم وحدهم .

أنواعه

والإجماع قد يكون كلامياً وهو الإجماع القولى ، وقد يكون بالعمل وهو
الإجماع العملى ، وقد يكون بتكلم البعض أو عمله وسكوت الباقيين على هذا
بعد بلوغه إليهم ومضى مدة التأمل وهو الإجماع السكوتى .

ما يكون فيه
الإجماع

والإجماع لا يكون إلا على حكم شرعى قابل للاجتihad . أما إذا كان حكماً
غير دينى ، أو كان حكماً دينياً غير اجتihadى كأحوال الآخرة وعلامات الساعة
فما يعتمد فى معرفته على النقل فقط أو كان حكماً دينياً اجتihadياً ثبت بدليل
قطعى الدلالة والثبوت فإنه لا يكون محلاً للاجتihad ولا يصلح للإجماع .

الفقهاء وحجية
الإجماع

رأى الفقهاء في هجية الإجماع : اتفق جمهور المسلمين من الفقهاء على حجيته واعتباره دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية ، لم يخالف في ذلك سوى بعض الخوارج إذ يرون أن الإجماع لا يمكن تحققه ولأن الله تعالى يقول : « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » ، فإله جعل المرجع إلى الكتاب والسنة فلا يصح أن يكون الإجماع مرجعاً شرعياً .

أما دليل حجية الإجماع فقولهم عليه السلام « لا تجتمع أمتي على ضلالة » واستدلال من منع الأخذ بالإجماع مردود عليه . لأن الإجماع يستند في صدوره إلى كتاب أو سنة أو قياس يرجع إلى أحدهما وإن كان هذا محل كلام بين علماء الأصول . وقالوا لو كان للإجماع سند ما ذكر لكان السند هو الأصل لا الإجماع ، ومن يشترطون للإجماع سنداً يرجع إليه قالوا إنه قد يكون ظاهراً معروفاً وقد يكون غير ذلك . ومحل تفصيل كل هذا هو علم أصول الفقه .

القياس

القياس والمراد
منه

٤٣ — تعريفه والمراد به : القياس إلحاق أمر لا نص فيه بآخر منصوص على حكمه ، وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم . أو هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلّة متحدة لا تدرك باللغة ، والمراد بالقياس هو إظهار أن حكم الله في الفرع هو حكمه في الأصل . لأن الحكم يثبت في الفرع ابتداءً ولا حكم إلا لله وهذا معنى قول الأصوليين إن القياس مظهر للحكم لا مثبت له .

فإذا اختلف المجتهدون في حكم لاختلاف الأدلة فيه ، واختلاف وجهات النظر في فهمها وتأويلها ولم يرد فيه نص صريح ، ولم يسبق فيه إجماع من قبل قاسوا الأمور بأشباهها وألحقوا المثل بمثله وذلك مثل قياسهم النبيذ على الخمر في التحريم لاشتراكهما في علة التحريم التي هي الإسكار ، ولم يرد نص

في النبيذ وقد ورد النص في الخمر ، إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه . .

حجية القياس : يرى جمهور فقهاء المسلمين أن القياس دليل من أدلة الأحكام وهو يفيد غلبة الظن ، فيكون حجة يجب العمل به وهم يتفاوتون في درجة الأخذ به بين مضيق وموسع فالأحناف وهم من مدرسة أهل الرأي يتوسعون في الأخذ به ويقدمونه على خبر الأحاد الغير مشهور من السنة ، وأما ابن حنبل وهو من مدرسة الحديث فهو لا يلجأ إليه إلا للضرورة وعدم وجود دليل من السنة ولو ضعيفا وبينهما مالك والشافعي .
وهناك من الفقهاء من منع الأخذ به كداوود الأصفهاني وأتباعه ، وابن حزم وأصحابه الظاهرية ، وفريق من الشيعة ، وفريق من المعتزلة ولكل منهم وجهة ايس في دراستنا ولا موضوعنا متسع لذكرها وبيانها وبيان شروط القياس ، والكلام عن العلة كل ذلك في علم أصول الفقه .

الاستحسان

٤٤ - تعريفه : هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في أشباهها إلى خلافه لوجه هو أقوى . ويمكن أن يقال : إن الاستحسان هو العدول عن قياس وضحت علة إلى قياس خفيت علة ، أو إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف .

أكثر من أخذ بالاستحسان في الاستدلال هم الأحناف ، وقد استعمله أيضاً بهذا المعنى المالكية وابن حنبل فكثيراً ما قالوا بجواز هذا الشيء استحساناً لا قياساً ، أو هذا الشيء محظور قياساً ومباح استحساناً أما الشافعي فقد أبطل الاستدلال به فروى عنه أنه قال : من استحسن فقد شرع ، ومن المعروف أن التشريع ليس لغير الله ولعل الشافعي بنى هذا على أساس أن الاستحسان هو ما يتعقله المجتهد من غير دليل ، وعلى هذا اتجه بعض الأصوليين إلى رد الاستدلال به وعدوه من الأدلة الفاسدة التي لا يصح الاعتماد عليها .

آراء الفقهاء في حجية القياس

تعريف الاستحسان

رأى الفقهاء فيه

وقد علمت ما وضعه كبار الأصوليين من الأحناف من أن الاستحسان قياس خفيت علته بالنسبة إلى قياس ظاهر . وعلى هذا فلا محل للخلاف . ومع هذا فقد يرد الاستحسان في قول الحنفية بمعنى آخر وهو كل دليل يخالف القياس الظاهر كعقد السلم — وهو بيع مبيع آجل بثمن عاجل — فإنه يخالف القاعدة المعروفة وهي بطلان بيع المعدوم فالقياس يقتضي بطلانه لكن نص الحديث أجازة . ومثل الإجماع على صحة الاستصناع .

وقد جاء في كتاب المبسوط للسرخسي ج ١٠ ص ١٤٥ . « كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس . وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الرحمة وأخيراً هو ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ، قال عليه السلام « خير دينكم اليسر ، وقال لعلي ومعاذ حين وجههما إلى اليمن « يسرا ولا تعسرا ، قربا ولا تنفرا » . وقال « ألا إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق . ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى » .

ويقول السرخسي « القياس والاستحسان ، في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره فسمى قياسا والآخر خفي قوى أثره فسمى استحسانا أي قياسا مستحسنا والأصل فيه قوله تعالى « فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » ، والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع الأحسن .

المصالح المرسلة

٤٥ — التعريف : المصالح المرسلة كما يقول المالكية ، والاستصلاح كما

تعريف
المصالح المرسلة

يسمى الغزالي ، والمناسب المرسل الملائم كما يسميه الأصوليون وهي كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها . مع أن في اعتبارها والأخذ بها جلب منفعة أو دفع مضرة : أو بمعنى آخر هي

المصالح التي يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع .

وهذا الوصف إما أن يكون مناسباً لمصلحة ضرورية فلا نزاع في جواز
التعليل به واعتباره دليلاً وإن خالف نصاً معيناً ، وقد مثل الغزالي لهذا بقوله
« كفار تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين . فلو كففنا عنهم لصدمونا وغلبونا
على دار الاسلام وقتلوا كافة المسلمين ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً معصوماً
لم يذنب ذنباً وهذا لا عهد به في الشرع ، ولو كففنا لسلطان الكفار على
جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسرى أيضاً . فيجوز أن نرمى هذا
الترس حفظاً لساير المسلمين . وقتل من لم يذنب لم يشهد له أصل معين . وقد
دعى إلى هذا مصلحة لم تؤخذ بطريق القياس على أصل معين .

أما إن كان مناسباً لمصلحة الضرورية فيها ليست بكلية فلا يجوز الحكم
على أساس المصالح المرسلّة من غير أن يعضدها أصل آخر فمثلاً إذا تترس
الأعداء داخل قلعة بمسلم فلا يحل رمي الترس إذ لا ضرورة إلى فتح القلعة
وقد عمل بها كثير من الرعيل الأول من صحابة الرسول وتابعيهم ، عمل الصغابة بها
ومجتهدي العصر الأول . فقد أولوا بعض النصوص وصرفوها عن ظاهرها
وأهملوا القياس في سبيل جعل الحكم يحقق هذه المصالح المرسلّة رعاية
للمصلحة العامة ، وما موقف عمر لحد السرقة عام الجماعة ببيعيد .

العرف والعادة

٤٦ - العرف والعادة : هما بمعنى واحد (١) : يقول صاحب العرف والعادة
المستصني العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع
السليمة بالقبول ، أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي
بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً .

(١) راجع رسالة نشر العرف لابن عابد بن وراجع أيضاً المستصني وراجع الرأي في الفقه
الإسلامي رسالة دكتوراه الدكتور مختار القاضي ص ٢٣٧

أقسام العرف والعرف قولى كتنقييد لفظ دابة بذوات الأربع كالفرس والبقرة مع أن الأصل اللغوى لها أنها وضعت لكل ما يدب على الأرض .

ويكون العرف عملى . وهو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه فى معاملاتهم ، وتصرفاتهم وهذا قد يكون عرفاً عاماً أو عرفاً خاصاً يتعارف عليه أرباب حرقة أو بلد معين .

شروط الأخذ بالعرف X ٤٧ - متى يصلح العرف ابتداءً للحكم عليه : يشترط فى العرف لىبنى عليه الحكم أن يكون مطرداً أو غالباً (١) وألا يكون العرف مخالفاً لما اشترطه أحد المتعاقدين ، وأن يكون سابقاً ومقارناً لزمى التعاقد ، وألا يخالف نصاً من الكتاب أو السنة لأن النص الشرعى حجة على العامة بخلاف العرف فحجته إنما هى على من تعارفوا عليه فقط .

لكن إذا كان النص الشرعى مبنيًا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره بمعنى أن يكون النص ورد مقررًا للعرف السائد ثم تغير العرف بعد ذلك فإن أبا يوسف من الأحناف يعتبر العرف الطارىء لا العرف الذى جاء النص مقراله . لكن الإمام أبا حنيفة ومحمد لا يعتبران هذا العرف الطارىء . فمثلا قد نص الشارع على أن البر والتمر والملح من المكيلات فإذا تغير العرف وأصبحت من الموزونات فهل يصح التعامل فيها بالوزن بهذا يقول أبو يوسف أما الإمام ومحمد فلا يجيزان ذلك ويعتبرانه ربا .

حجية العرف ودليله X ٤٨ - العرف وانحاده دليل على الإطعام : فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعى من الكتاب والسنة ، ومن هذا عبارات الفقهاء الكثرة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، « المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً ، ، « الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، « استدلوأ على

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم .

ذلك بقوله عليه السلام « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وبهذا يكون العرف قد ثبتت حجيته بالنص (١) ومن الفقهاء من استدل على حجية العرف بقوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » ، وقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وعلى كل فالعرف حجة على من تعارفوا عليه يمكن أن يتخلف به الأثر ويتخلف من أجله القياس وقد يتخلف من أجله النص عند أبي يوسف إذا كان أساسه عرفاً سابقاً غير هذا .

وبعد فمصادر الفقه الإسلامى موضع دراستها التفصيلية هى مادة أصول الفقه وقد أشرنا إلى هذه المصادر بما يقتضيه الحال بل إن هناك غير ما ذكر أموراً ذكرها الأصوليون لم نذكرها ، منها الاستصحاب وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ ، ومذهب الصحابي ، وسند الزرائع إلى غير ذلك فارجع إليه إن شئت فى كتب الأصول .

ويهمنا أن نختتم الكتابة عن مصادر الفقه بما روى عن أبي حنيفة « علمنا هذا رأى وهو أحسن ما قدرنا عليه . فمن أتانا بخير منه قبلناه ،

(١) راجع فى هذا فتح القدير ج ٦ ص ١٥٧ والبدائع ج ٥ ، والبسوط ج ١٢ ص ١٣٨ .

الكتاب الثاني
الاموال وطرق تملكها
"سؤال واحد"

القيّم الأول الأمـوال

الفصل الأول

المال وأقسامه

٤٩ — ماهو المال :

المال عند علماء اللغة : ما ملكته من كل شيء كما جاء في القاموس ويقول ابن الأثير ، كان المال في الأصل خاصا بالذهب والفضة . ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان ، ، وعلى هذا فكل ما لم يكن مملوكا فعلا لا يعتبره أهل اللغة مالا .

تعريف المال
في نظر اللغة

أما علماء الفقه الإسلامى . فيعرفون المال بأنه كل ما يمكن تملكه والانتفاع به في العادة . هذا وإن اتفق الفقهاء على هذا التعريف إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في معنى التملك ، فيرى (أحناف) أنه لا يتحقق إلا بالاحتراز الفعلى للشيء نفسه ، ولذلك يعرفونه بأنه ما يمكن احترازه وإدخاله لوقت الحاجة (١) ويرى (غيرهم) أن التملك يتحقق بإحتراز الشيء ولو تبعا أى بحيازة أصله ولذا تجدهم يعرفون المال بأنه ما يجزى فيه البذل والمنع ، وسيظهر لك أثر هذا الخلاف حينما نتكلم في الفصل الثانى عن مالية المنافع .

في الفقه الإسلامى

وعلى كل فهم لا يشترطون أن يكون الشيء مملوكا فعلا ليكون مالا كما يقول علماء اللغة بل يكفي أن يكون الشيء قابلا للتملك . . . فالطير في الهواء والسماك في الماء ، والغزال في الصحراء ، والماء في مجرى النهر ، والهواء

(١) راجع كشف الأسرار للبزوى . ١٠ ص ١٧٢ .

في الفضاء ، كل هذه الأشياء تعتبر مالا عند الفقهاء لأنه يمكن تملكها باصطيادها أو بتعبتها داخل الأواني والأنايب .

كما لا يمكن اعتبار الشيء مالا عندهم مجرد إمكان تملكه وإنما لابد أن يكون قابلا للانتفاع به فعلا لم يمكن اعتباره مالا . فإذا كان لا ينتفع به كقطرة من الماء أو حبة من القمح أو الأرز أو قصاصة من الورق ممزقة وملقاة فإنها لا تعتبر مالا في نظر الفقهاء رغم حيازتها أو إمكان حيازتها ، مع أنها مع غيرها من قطرات الماء وحبات القمح والأرز مال ، وقد زالت عنها ماليتها بعد أن زالت منفعتها المعتادة . مع أن هذه الأشياء تعتبر في نظر اللغويين مالا مادام قد أصبح لها مالك فعلا .

ومع كل هذا فالفقهاء لا يعتبرون كل ما أمكن حيازته والانتفاع به مالا ، وإنما اشترطوا شرطا ثالثا وهو أن تكون هذه المنفعة أجازها الشارع على وجه ما وقت السعة والاختيار لا وقت الضرورة والإكراه إذا الأحكام إنما تبنى دائما على ما يكون معتادا للناس في حالاتهم العادية ، وعلى ما يقع منهم من غير أن يكونوا واقعين تحت تأثير ضغط أو ضرورة . إذ الضرورات تبيح المحظورات فلا تبنى عليها القواعد والأحكام ، وعلى هذا فلهجم الميتة وشحمها (١) لا يعتبران مالا في نظر رجال الفقه رغم أنه يمكن حيازتها والانتفاع بها فعلا إذ قد أباح الشارع أن يتناول منها الإنسان عند الضرورة مقدار ما يدفع به هلاكه . لكن إباحة الانتفاع بها لم يكن في الأوقات المعتادة ، وإنما كان وليد الضرورة الملحة والحاجة الشديدة .

وعلى أساس ما تقدم فكل مالا يمكن تملكه — لا يعتبر مالا حتى مع الانتفاع به على وجه يرتضيه الشارع حال السعة والاختيار . ويتفق الفقهاء واللغويون في عدم اعتبار ماليتها لأنه لا يمكن حيازتها وبالتالي فهو غير مملوك فعلا . فالعلم والصحة والشرف وحرارة الشمس وضوء القمر كلها

(١) أما صوفها وجلدها وعظمها فهي من الأموال إذ يمكن حيازتها والانتفاع بها وذلك

بعد تطهيرها .

ليست بأموال لأنه لا يمكن تملكها وإن كان ينتفع بها عادة .

هذا هو المال في نظر علماء الفقه واللغة .

المال في القانون

أما في نظر القانون المدني الجديد فالمال هو الحق المالي سواء أكان عينيا أم معنويا أم شخصا بعد أن كان المال في نظر القانون المدني القديم ومعظم التشريعات الأجنبية يعرف بأنه الشيء أو بأنه الحق (١)

أقسام المال

أقسام المال

٥٠ - ينقسم المال الى متقوم وغير متقوم :

متقوم وغير متقوم

١ - المتقوم هو ما كان محرزاً فعلاً ومحملاً لا انتفاع معتاد حال السعة والاختيار وهذا النوع اذا تعدى عليه شخص آخر وأتلفه ضمنه بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا ، ويصلح أن يكون محلاً للمعاوضات المالية ، كالارض والدور والدابة والسيارة والكتاب والطعام وكل مال يملكه فعلاً يعتبر مالا متقوما .

ليس

٢ - غير المتقوم : هو المال الذي لا يمكن مملوكاً لأحد كالسمك في الماء والطير في الهواء والغزال في الصحراء ، أو كان مملوكاً فعلاً لكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرتضيه الشارع ويحيزه حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم لأن الدين الإسلامي قد حرمهما . يقول الله تعالى : إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ، . ويقول « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير . . الآية ، فهما بالنسبة للمسلم الذي اتبع تعاليم القرآن من الأموال غير المتقومة لأن الانتفاع بهما في وقت العادة

(١) راجع نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور ص ١٧١ وفيه « أن القانون المدني الجديد لم يسلم من الوقوع فيما أراد أن يعايشه فاللادة ٨٧ منه تنص باعتبار العقارات والثقلات التي للدولة أموالاً عامة وكان منطلق التفرقة ينص باعتبارها أشياء عامة .

لا يرتضيه الإسلام ولا يجيزه . بينما هما بالنسبة لغير المسلمين يعتبران مالا متقوما ما داموا يعتقدون صحة التعامل والاتفاع بهما في العادة .

ولما أمرنا الشارع أن نترك أهل الذمة وما يدينون فوجب علينا أن نعترف لهم بتقومها في ملكيتهم بحيث لو تعدى عليها شخص بالإتلاف ضمن قيمتها إن كانت قيمة أو مثلها إن كانت مثلية سواء . أكان المتلف مسلماً أم غير مسلم إذ القيمة في التقوم وعدمه في هذه الحالة بمالكة (١) ، وبهذا نتبين أن المال قد يكون متقوماً وغير متقوم في آن واحد تبعاً للمالكة وحكم الشرع .

ولعل تعريف الفقهاء للمال هو الذي أوجدهذين القسمين . أما على أساس تعريف اللغويين للمال فلا وجود ولا أثر لهذين القسمين لأن المال عندهم كما قلنا لا بد فيه من الحياة الفعلية ولم يشترطوا شيئاً فيه غير ذلك . وأما عند رجال القانون فإن المادة ٨١ جاء فيها ما يفيد أن هناك بعض الأشياء لا تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية . لأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أو لأن القانون يمنع أن تكون محلاً للحقوق المالية ، الفقرة الثانية ، وما عدا ذلك فإنه يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ، الفقرة الأولى ، وهم في هذا التقسيم بعيدون كل البعد عن الذي يقصده الفقهاء من المتقوم وغير المتقوم .

أقسام المال من ناحية الاستقرار وعدمه

صحة

٥١ — وينقسم من ناحية الاستقرار وعدمه إلى عقار ومنقول :

العقار عند الأحناف ومن معهم

١ — العقار : مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر وهو الأرض

مطلقاً سواء أكانت أرضاً معدة للزراعة أو للبناء أو كانت فضاء . هذا هو العقار عند غير المالكية من الفقهاء ومنهم الأحناف .

أما المالكية فقد زادوا على التعريف فقرة أخرى فعرفوا العقار

(١) الشافعية لا يرون ذلك ولا يعتبرون لها قيمة لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا .

بأنه : ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله .

ينتج من هذا أن البناء والشجر والنخل عقار عند مالك إذا البناء حينها . العقار عند مالك
ينقل من مكانه لا يبقى على شكله وصورته بل يصير أنقاضاً . والشجر النقي
له أصل ثابت مستقر فعند تحويله وقطعه يكون أخشاباً لا شجراً ، لكن
هذا كله عند غير المالكية يعتبر منقولاً إذ العقار عندهم لا يكون إلا الأرض
فقط إذ هي التي لا يمكن نقلها وتحويلها من مكان لآخر .

(٢) المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر فيشمل كل شيء . المتقول عند غير
المالكية
غير الأرض من بناء وشجر وزرع وسفن وحيوان ومكيل وموزون
وكل ما يمكن نقله من مكانه على أي وجه كان بحالته التي هو عليها أم
بغير حالته .

لكن يستتبع تعريف العقار عند المالكية أن يكون المنقول عندهم عند المالكية
ما أمكن نقله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله أي بحالته التي هو عليها
كالسيارة والدابة وكل مال مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار
ودوام فيكون العقار عند المالكية أعم من العقار عند الأحناف لأنه يشمل
الأرض والبناء والشجر بل وألحق بعض فقهاء المالكية السفن بالعقار لأنها
يمكن سكناها والاستقرار فيها فأعطوها حكم الدار .

وعلى هذا فالمنقول عند الأحناف ومن معهم أعم منه عند المالكية لأنه
يشمل عندهم الحيوان والمكيل والموزون كما يشمل البناء والشجر والسفن بينما
العقار عند المالكية أعم منه عند غيرهم لأنه يشمل الأرض وكل ما يتغير
شكله عند نقله من مكان لآخر .

هذا وإن كانت نظرة الأحناف لها وجاهاً لأنهم ينظرون إلى العقار
بأنه ثابت مستقر غير قابل للزوال مابقيت الحياة . فإن نظرة المالكية أكثر
تعقلاً لأن المائر الشائخة والقصور التليدة لا يستسيغ الإنسان أن يعتبرها
كالكرة والسيارة .

وقد اتجه المشرع الوضعي في التقنين إلى ما ذهب إليه الإمام مالك

وتوسع في فهم العقار . راجع مادتي ٨٢ ، ٨٣ ، من القانون المدني ١٣١ سنة ١٩٤٨ .

أثر هذا الخلاف في فهم العقار والمنقول أو في ما يدل عليه كل منهما أثر الخلاف بينهم يظهر في كثير من الأمور فالشفعة تثبت في العقار عندهما ، الأحناف ، والمالكية ، (١) وكذا العقار متفق على جواز وقفه في الفقه الاسلامي دون المنقول خلافا للبعض ممن أجاز وقفه (٢) ويجوز أن يتصرف مشتري العقار فيه بالبيع قبل أن يتسلبه بخلاف المنقول فلا يجوز ذلك إلا إذا كان تابعا للعقار ، ويجوز لو وصى القاصر أن يبيع ماله من منقول للمصلحة التي يراها أما العقار فليس للوصي التصرف فيه بالبيع إلا لمسوغ شرعي كيبيعه لوفاء دين وتباع منقولات المدين أولا ويبقى العقار حتى تنتهي جميع المنقولات ، ويجوز بيع العقار قبل قبضه ، ولا يجوز ذلك في المنقول فما هو العقار ؟ وما هو المنقول ؟ من هذا تظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول كما يظهر أثر التفاوت بين الفقهاء في فهم العقار وفهم المنقول .

أقسام المال من ناحية تماثل أجزائه

٥٢ - أقسام المال من ناحية تماثل أجزائه وعمره :

وينقسم المال بعد ذلك من ناحية تماثله وعدم تماثله إلى مثلي ، وقيمي . لأن المال قد لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به وتوجد له نظائر في الأسواق أو تتفاوت أحاده وليس له نظير في الأسواق .

المثلي : ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به وتوجد له نظائر في الأسواق والمثلثات . كل ما يقدر بالوزن كالذهب والفضة ، وما يقدر بالكيل . كالحبوب والزيوت ، وما يقدر بالعد المتقارب الأحاد كالبرتقال والبيض

(١) أما الدور فإن الشفعة تثبت فيها عند الأحناف إذا كانت تابعة للأرض وبيعت معها فلا شفعة عندهم في البناء إذا بيع دون الأرض . بأن كانت الأرض حكراً وبيع ما عليها من بناء خلافاً لما لك لأن البناء عندهم عقار .

(٢) الأحناف يمنعون وقف المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار كن وقف ضيعة بما عليها ، أو يكون جرى العرف بوقفه . كوقف الكتب ، أو يكون نقل وقفه من فعل السلف الصالح كوقف السلاح والخيل — وإن كان القانون الجديد أجاز وقف المنقول . وأصبح أخيراً لا وقف إلا على جهات الخير .

والخوخ ما دامت كلها من نوع وحجم واحد ، ومن المثلثات أيضا عروض التجارة المتحدة الجنس كالنسخة من كتاب طبع منه نسخة فسخ على ورق واحد ، في طبعة واحدة وكالأقمشة إذا أخذت مترا من قماش معين من تاجر وعنده منه الكثير ، وكذا كالألانية ما دامت الأجزاء والأحاد متماثلة ، وكل ما تمت صناعته بواسطة الآلة وكان من نوع واحد لعدم تفاوت أجزائه ووحداته .

العرف وأثره في المثلثات وقد يتدخل العرف فيجعل الموزون مكبلا كما يحدث بالنسبة للأسمدة والبلح في الريف والعكس كالحبوب والزيوت . كما يصح أن يتدخل العرف أيضا فيجعل المعدود موزونا كالبرتقال والعكس كالحلوى في بعض أصنافها إذ العبرة عند أنى يوسف بالعرف الطارىء الذي كان موجودا ومستقرا عند التعامل . إذا كان هناك نص شرعى ورد مقرر للعرف الذى كان متعارفا وقت صدور النص . وفى هذا توسعة للناس فى معاملاتهم بخلاف ما ذهب إليه الإمام وصاحبه محمد من عدم جواز ذلك لأن ما جاء به النص يجب بقاءه على ما هو عليه .

القيسى : ما تفاوتت أحاده تفاوتت أوزانه ، أولم تتفاوت ولكن انعدمت

نظائره من الأسواق ، وهو كما يكون فى المنقول يكون فى العقار ، فالأرض والبناء من القيميات ، والحيوانات متغيرة الجنس أو متحدة ، والعدديات المتفاوتة تفاوتت لا يغتفر فى الحجم أو النوع ومنها عروض التجارة المختلفة الجنس كلها من القيميات .

وفوق كل هذا فجميع المثلثات يمكن اعتبارها من القيميات إذا انعدمت من السوق وأصبح لا يوجد لها مثل فى المتاجر .

العرف وأثره في القيسى ومن الممكن أن يتدخل العامل الزمنى فيجعل القيسى مثليا . فقد كان قديما تنسج الأقمشة على الأنوال اليدوية ويترتب على ذلك اختلافها فى الدقة والعناية مترا مترا ، وكذا كانت الجوارب تشغل باليد فكانت تختلف فى صناعتها ونظافتها ولذا كانت تعتبر قيمة وكذا الكتب كانت قبل الطباعة

تكتب بخط اليد والخطوط مختلفة بين رديئة وجميلة وبين كاتب مدقق لا يخطئ وكاتب غير مدقق بل تختلف وإن كان الكاتب شخصاً واحداً لأن مقدرته على الضبط والعناية تختلف باختلاف الوقت واختلاف مجهوده أما الآن وبعد اختراع آلات النسيج والطباعة وغيرها من الآلات فقد أمكن أن تخرج الآلة من نوع القماش المتحد الأجزاء والوحدات وكذا من الكتاب الواحد الغير المختلف في أى شيء آلاف القطع والنسخ . ولذا أصبحت في هذا العصر مثلية بعد أن كانت لا تكون إلاقمية . وقد لاحظ ذلك المشرع الوضعى في المادة ٨٥ من القانون المدنى المصرى .

ويظهر أثر كل من المثل والقيمى عند التعامل فى أمور منها :

(١) المثل إذا ما عين بأوصافه ثبت ديناً فى الذمة فإذا تعدى عليه أحد ضمن المتعدى مثله لا قيمته حتى لا يضار صاحبه بخلاف ما إذا عين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها فإنه يتعين بذاته فى هذه الحالة .

أثر المثل والقيمى
عند التعامل

أما القيمى فإنه لا يثبت غالباً ديناً فى الذمة ويتعين بما يعينه من إشارة وغيرها . فإذا حدث التعاقد بالبيع بين شخصين أحدهما يملك أغناماً والآخر يملك حبوباً فباع الأول للثانى شاة بأردب من القمح يثبت فى ذمة الآخر إذا لم يكن القمح حاضراً .

(٢) المثل يصح أن يكون ثمناً لأنه متعين معروف ويصلح أن يكون ديناً فى الذمة بخلاف القيمى فلا يمكن أن يكون ثمناً لأنه لا يصلح أن يكون ديناً فى الذمة .

(٣) المثل يضمن عند التعدى عليه بمثله لوجوده فى الأسواق من غير تفاوت يعتد به فى أحاده بخلاف القيمى فإنه إذا تعدى عليه أحد وأهلكه فإنه يضمنه بقيمته لانعدام مثله إذ أحاده متفاوتة .

يقى أن نذكر لك هنا أن هناك فرقاً بين القيمى والمتقوم إذ الثانى أعم من الأول فالمتقوم يكون قيمياً كما يكون مثلياً فإذا أتلّف إنسان مالا متقومياً لآخر ضمنه بقيمته إن كان قيمياً وبمثله إن كان مثلياً . أما القيمى فلا يضمن إلا بالقيمة .

الفصل الثاني

المنافع

عرفنا المال عند الفقهاء . وبيننا أقسامه ، وتكلمنا عن الخلاف الذي بين الفقهاء في تعريفهم للمال وقولهم هو كل ما يمكن تملكه . فهل لا بد من الإحراز الفعلي للشيء نفسه كي يعتبر مالا أم يكفي أن يحرز تبعاً لإحراز شيء آخر ، ويظهر أثر هذا واضحاً في المنافع وماليتها .

تعريف المنافع

٥٣ — تعريف المنافع : المنافع جمع منفعة فمن يستأجر داراً لسكنائه

فإنه ينتفع بالسكنى ، ومن يستأجر سيارة عامة أو خاصة فإنما ينتفع بركوبها ومن يستعير كتاباً يقرؤه فإنما ينتفع بقراءته ومن يعتدى على جريدة غيره فيقرؤها دون استئذانه فإنه انتفع بقراءتها ، ومن يستأجر مقعداً في مسرح أو سينما ، ليشاهد تمثيلية فإنه انتفع بمشاهدتها لها . فكل هذه الفوائد تسمى بالمنافع لا شك في هذا . فالمنافع كل ما يستفاد من الأشياء

لكن هل ما ينتج من الدابة مثلاً كلبنها وولدها ، وما ينتج من الشجرة مثلاً من ثمار ، وما يخرج من الأرض من محاصيل ، والأجرة التي يدفعها الشخص نظير استغلاله لشيء وانتفاعه به يسمى منفعة أيضاً من منافع الدابة والشجرة والأرض إلى غير ذلك أم لا يسمى منفعة ؟

الفرق بين المنفعة
والفائدة

في الواقع أن الفقهاء يفرقون بين النوعين . ويطلقون كلمة منفعة على النوع الأول فقط أي على الفائدة العرضية ، أما النوع الآخر الذي تكون الفائدة فيه مادية فهم يطلقون عليه لفظ غلة لا منفعة . والفرق بين الفائدتين واضح . إذ الفائدة العرضية لا يمكن إحرازها بنفسها بخلاف الفائدة المادية فإنه يمكن حيازتها وإحرازها بنفسها وفوق ذلك فالغلة أو الفائدة المادية أموال باتفاق الفقهاء إذ هي جوهر لا عرض وتضمن عند إتلافها أو التعدي

عليها أو اغتصابها بمثلها إن كانت مثلية ، وقيمتها إن كانت قيمة .

٥٤ — مالية المنافع : الأحناف الذين يرون أن المال هو ما يمكن
إحرازه وادخاره لوقت الحاجة لا يعتبرون المنفعة مالا . إذ هي أعراض
تحدث عند طلبها واكتسابها ساعة فساعة ، وهي قبل طلبها واكتسابها
منعدمة لوجودها ، ومع هذا فهي لا بقاء لها إذ تنعدم حين توجد ، وتتجدد
مع الزمن . فهي لهذا لا يمكن أن تكون محلا للحيازة والإحراز والادخار
إذ لا يمكن تحقق إحراز ما يدخر إلا في الأشياء المادية فقط والمنافع كما
علمت أعراض لا ماديات ، والحيازة نفسها عمل حسي فلا يمكن مع هذا
أن يتحقق الإحراز والادخار في المنافع لأنها أعراض .

رأى الأحناف
في مالية المنافع

لكن غير الأحناف من الفقهاء يرون أن المالية تتحقق في كل ما يمكن
تملكه والانتفاع به عادة ، والإنسان إنما يملك المنفعة لا شك في هذا
ولا خلاف ، ولذا قالوا إن كل ما يجري فيه البذل والمنع يعتبر مالا ،
والمنفعة يتحقق فيها البذل والمنع إذ من الممكن أن تعطى سيارتك أو دارك
أو كتابك لآخر لينتفع بها مدة من الزمن ، كما يمكنك أن تمنع منفعة هذه
الأشياء عن الغير ، وقالوا إن الأعيان إنما تبغى وتقتنى طلبا لمنافعها ، وكلما
كانت منفعة الشيء أكثر كان الإقبال عليه والرغبة فيه أشد وأكد ، ومع
هذا فقالوا إن حيازة المنافع متحققة أيضاً إذ هي تحاز تبعاً لحيازة
أصلها ومصدرها . فالمنافع لا توجد إلا محازة بسبب حيازة محلها .

باقى الفقهاء
ومالية المنفعة

~~فإن~~ حرارة الشمس وضوء القمر يمكن الانتفاع بهما فهل هي
أموال عندهم ؟ لا يقال ذلك لأن الشمس والقمر لا يمكن تملكهما وقلنا إن
المال هو ما يمكن تملكه . . . باتفاق الفقهاء .

ونحن إذا حكمنا العرف في هذا لوجدناه يناقض الأحناف ويناصر
الآخرين . فالناس جميعاً قد تعارفوا على أن المنافع تعتبر من الأموال . ألا
يرى أنها تقابل في عقود الاجارة بالمال ، وقد تعارف الناس على ذلك

العرف يقضى
بمالية المنافع

حتى قبل الاسلام ، وقد جاء في القرآن ما يؤيد اعتبار المنفعة مالا ، فهذه قصة زواج موسى من إحدى بنى شعيب عليهما السلام نظير أن يقوم بخدمته مدة معينة ، وهذه الخدمة ما هي إلا منفعة ، أو بمعنى آخر فائدة عرضية . يقول الله تعالى : قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن توجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك ، ولا شك في أن المهر يكون مالا فلو لم تكن المنفعة مالا ما صح العقد .

تقوم المنفعة

٥٥ - تقوّم المنافع : أما غير الأحناف فقد علمت أنهم يعتبرون

المنافع من الأموال ، وأنها لا تكون ولا توجد إلا محرزة بسبب إحراز أصلها ، وما دامت تعتبر محرزة كذلك فهي متقومة .

أما الأحناف ، فقد عرفت أنهم لا يرون المنافع أموالاً البتة فبالتالى لا كلام لهم في تقويمها اللهم إلا ما يؤيد نفي ما ليتها ونفي تقويمها بالتالى . فيقولون : إن المنافع ما دامت لا تقبل الحيازة بنفسها فلا يمكن وصفها بالتقوم ، لأن التقوم ناشئ من الإحراز والحيازة فلا يوجد التقوم إلا إذا وجدت الحيازة . وهى لا يمكن وجودها بنفسها لأن المنافع أعراض فلا يمكن أن تكون مالا ولا يمكن بالتالى أن تقوم .

ويتفرع على مذهب الأحناف أن من فوت على آخر منفعة شيء يملكه وانتفع هو به أو لم ينتفع فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد على مال ، وبالتالى لم يتعد على شيء متقوم فإذا أخذت سيارة آخر وحجزتها عن انتفاع صاحبها بها مدة من الزمن وقد أعدتها إليه سليمة من غير أن تحدث بها أى تلف أو نقصان فلا ضمان عليك سواء انتفعت بها في هذه الفترة أم لم تنتفع ، وكذا إذا حبست صائناً ومنعته عن مباشرة عمله أو انتفعت بخبرته في صناعة شيء لك بالإكراه فلا ضمان لأنك لم تتعد على مال ، وإذا تلفت السيارة في يد الغاصب أو أصيب الصانع بضرر في جسمه فإن الغاصب والحابس يضمن قيمة الإلتلاف فقط دون إلزامه بأجر للمنفعة .

هذه هي نظرة الأحناف وتلك هي قاعدتهم بالنسبة للمنافع من ناحية ما ليتها وتقومها ، ولعلمهم قد أحسوا بشيء من الخرج والتضييق على

ما استثناء
الأحناف من
قاعدتهم

الناس في معاملاتهم عند تطبيق قاعدتهم فاستثنوا منها ثلاث مسائل بطريق الاستحسان ، واعتبروا المنافع فيها متقومة في نفسها ، وألزموا من ينتفع بها ضمان منافعها وأجر مثلها عن المدة التي انتفع بها ، وهذه الأشياء المستثناة :

١ - الأعيان المعدة للاستغلال : إذ يقولون إن مجرد إعدادها وعرضها للاستغلال يجعل إقدام المتعدي على الانتفاع بها إماراة قبول عرض استغلالها ويكون هذا بمثابة عقد إيجار سكوتي (١) كما في عقود المعاطاة ، وتكون المنفعة هنا متقومة والذي قومها استنادها إلى العقد المفترض ، وبالتالي بالنسبة للمستأجر فإن المنفعة متقومة وقوبلت بالأجرة ، وفي الواقع إنهم يعتبرون العين نفسها قائمة مقام المنفعة (٢)

٢ - مال اليتيم مطلقاً : لأن الله يقول « ويستلونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ، ومن الإصلاح أن يعرض عن منفعة ماله ، وخصوصاً أن الذي يشرف على ماله ويقوم بإدارته شخص آخر غيره . »

٣ - مال الوقف : للمحافظة عليه أيضاً من الضياع ولأن القائم عليه شخص غير مالكه فالحق بمال الصغير لهذا وحرصاً على مصالح المستحقين

٥٦ - الأمر المترتب على معرف الفقهاء : لم يكن خلاف الفقهاء أثر الخلاف السابق ذكره مجرد جدل ومناقشة لفظية ولكن له آثار كبيرة أهمها : -

(١) المنافع لا تضمن عند الأحناف . فإذا منع شخص آخر عن الانتفاع بسيارته مثلاً مدة لم يضمن له منفعتها كما بينا لانتهاء المائلة الواجب مراعاتها عند الضمان إذ أنه لا يمكن اعتبارها من المثليات بداهة ، ولا من القيميات خلافاً للآخرين فإنهم يرون تضمينه (٣) إذ المنافع أموال تضمن بقيمتها عند الإلتلاف أو الغصب (٤) .

(١) ومثل هذه الاجارة تكون فاسدة لعدم ذكر المدة والأجر .

(٢) وقد بينا ذلك مفصلاً في كتابنا المال والالتزام في الفقه الإسلامي ص ٣٤١ وما بعدها .

(٣) الإمام مالك يفرق بين ما إذا كان المقصود بالاعتداء العين نفسها أم المنافع

فإن كان الأول ضمن المتعدي إن انتفع بها فعلاً ، أما إذا حبسها من صاحبها ولم ينتفع =

(٢) إن تصرفات المريض مرض الموت ، والمدين بدين مستغرق فيها يتعلق بالمنافع كلها نافذة ولا يملك الورثة أو الدائنون الاعتراض عليها سواء أكانت بالإعارة أم بالإجارة مع المحاباة لأنها منافع والمنافع ليست بأموال . ويرى الآخرون أنها أموال فيتعلق بها حق الدائنين والورثة ويحق لهم إبطالها شأنها شأن أى تصرف مالى له .

المدين و المريض
مرض الموت
وتصرفاتهما في
المنافع

(٣) المنفعة لا تورث عند الأحناف لأنها لا وجود لها بعد موت المورث حتى تدخل في تركته لأنها تتجدد ساعة فساعة ، ولذا نجد الأحناف يرون أن الوفاة منية لملك المنفعة سواء أكان طريق تملكها عقد إجارة أم عارية أم كانت وصية بالمنفعة (١) . بينما الآخرون يرون أنها تورث شأنها شأن الأعيان لماليتها وتقومها .

إرث المنفعة

هذه هي آراء الفقهاء بالنسبة للمنافع من ناحية ماليتها وتقومها ، ولعل الأحناف فيما اتجهوا إليه كانوا نظريين أكثر منهم واقعيين ، ولعل فيما استثنوه من قاعدتهم ما يدل على شعورهم بأن مذهبوا إليه يضيق على الناس في معاملاتهم ، ولذا نجد القانون المدني قد أخذ بما اتجه إليه جمهور الفقهاء وإعتبر المنافع أموالا . لأنها تندرج تحت تعريفهم للمال ، الحق ذو القيمة المالية سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصا أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية (٢) .

== بها فلا ضمان عليه أما إذا كان المقصود بالتعدي المنفعة فقط دون العين فإن المتعدي يضمن ما فات على صاحبها من منفعة سواء انتفع أم لا . راجع في هذا كتاب كشف القناع ص ٢٠٣٤١ . وراجع مجلة القانون والاقتصاد السنة العشرين العدد ٤ ، هـ فقد كتب فضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف بحثاً قيمياً في هذا الموضوع .

(٤) الأحناف لا يرون إمكان تحقق النصب في المنافع إذ النصب في نظرهم لا بد فيه من رفع اليد المحقة التي كانت قائمة على العين ووضع اليد المبطلّة وهذا يحتاج إلى بقاء المنصوب فترة من الزمن .

(١) وقد فصلنا هذا في موضعه في كتابنا الأموال والالتزام .

(٢) راجع شرح القانون المدني للأستاذ الكبير الدكتور كامل مرسي ص ٣٠١٣ ونظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور .

الفصل الثالث

الحقوق

٥٧X - تعريف الحق : لهذه الكلمة في لغة العرب عدة معاني ترجع الحق في اللغة كلها في الواقع إلى الثبوت والوجوب . ومن هذا قوله تعالى « لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون » ، أي ثبت ووجب عليهم ومنه قوله تعالى « ليحق الحق ويبطل الباطل » ، أي يثبت الحق ويظهره .

ونظرة القانونيين لمعنى الحق لا تكاد تختلف عن هذا المعنى . فقد قالوا الحق في القانون « الحق فائدة مادية أو أدبية مقررة لشخص قبل غيره بحميتها القانون » ، وهناك من عرفه « بأنه منفعة مصونة شرعاً » ، وهناك من قال « الحق بمعناه العام Droit هو الرخصة أو المكنة Faculté التي يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين ويقابله الواجب Devoir وهو الإلزام الذي يقرره القانون على شخص معين بالنسبة لفعل معين (١) » .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم لم يبعدوا أيضاً عن المعنى اللغوي في فهمهم لكلمة الحق وكلامهم عنه ، ولذا لم نعثر لهم على تعريف خاص للحق وإنما يعتمدون دائماً إلى المعنى اللغوي . وقد جاء في حاشية قمر الأقطار « الحق الموجود والمراد به هنا حكم يثبت . . . » ، ولا شك أنه يقصد بقوله حكم ؛ أن الحق يثبت من قبل الشارع لأن هذا مفهوم كلمة حكم على لسان الشرعيين وبذا يمكن القول بأن الحق هو الحكم الذي قرره الشارع ، (٢) .

٥٨X - ما يطلق عليه كلمة حق : والحق بهذا المعنى في استعمال فقهاء ما يشمله الحق

(١) راجع نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور .

(٢) راجع كتاب كفاية المتخصصين لفضيلة الأستاذ الكبير الشيخ فرج السنهاوري .

الشريعة الإسلامية هو بمعنى الملك وشامل لكل أنواعه . فهو أعم من المال إذ يشمل الأعيان ، والمنافع ، والديون ، والحقوق المطلقة : أما المال والمنافع فقد سبق بيانهما .

وأما الدين فقالوا إنه وصف ثابت في الذمة يثبت به الحق في المطالبة وما دام الدين وصفا لا عينا فهو في الواقع لا يكون مالا وإن أطلقوا عليه ذلك أحيانا ، وأعطوه بعض أحكام المال لأن الدين بعد القبض يصبح مالا .

وأما الحق المطلق أو كما يقال الحق إطلاقا فهو ما عدا ذلك من الحقوق مثل حق المرأة في حبس نفسها عن الزوج حتى تستوفي عاجل صداقها وكحق الشفعة والخيارات إلى غير ذلك .

٥٩X - الحق بمعنى الخاص : هذا هو المعنى العام لكلمة الحق في نظر الفقهاء وهذا هو ما تشمله وقد اشتهر بينهم إطلاق الحق على ما عدا الأعيان والمنافع والدين أي الحق إطلاقا وكثر استعمالهم له بهذا المعنى ، كما أنهم يطلقونه في بعض الأحيان على معنى أخص من ذلك فيقصرونه على الحقوق العينية التي يطلق عليها حقوق الارتفاق ، وبذا يكون لكلمة حق معنى عام وهو المرادف للملك ومعنى خاص وهو الحق إطلاقا وهو الذي اشتهرت به كلمة الحق بين الفقهاء في استعمالاتهم ، ومعنى أخص وهي حقوق الارتفاق . وسنتكلم هنا عن الحق بالمعنى الخاص . تاركين الكلام عنه بالمعنيين العام والأخص هنا وسنتناول ذلك عند الكلام عن الملكية .

ما اشتهرت به
كلمة حق عند
الفقهاء

٦X - الحقوق مادية وغير مادية :

١ - الحقوق المالية : وهي التي تتعلق بالمال وترتبط به وهي المشار إليها في قول الرسول عليه السلام : من ترك مالا أو حقا فلورثته ، وهي كثيرة منها الاستحقاق في الوقف بمعنى مجرد الاستحقاق لا نفس الغلة الناتجة ، ومنها حق الشفعة ، ومنها الخيارات ، ومنها حقوق الارتفاق وسنينها جميعها في مواضعها ، ومنها حق الغنم في الغنمية بعد إحرازها وقبل

-١-
الحقوق المالية

قسمتها فالغانم ليس له قبل القسمة ملك حقيقي ، وإنما له حق في أن يتملك ، ومنها عند بعض الفقهاء حق الوارث في التركة قبل قسمتها : فهم يرون أن التركة كالغنيمة لا تملك إلا بالقسمة وليس للوارث قبلها إلا حق أن يتملك ومنها حق الموصى له في قبول الوصية أو ردها بعد موت الموصي ، وحق الموصي في الرجوع عن وصيته ، ومنها حق الواقف في الولاية على وقفه ونصب قُومائه وعزلهم .

٢ - الحقوق غير المالية : هي التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به . ومن أمثلتها : حق ولي المقتول في القصاص وحقه في العفو عنه ، وحق أحد الزوجين إذا زوجه فضولي في إجازة النكاح أو رده ، وحق الزوجة المخيرة في فسخ العقد أو إجازته ، وحق المعتق في ولاه معتقه .

٦١ X - الحقوق منها ما يؤول إلى مال أو يعتاض عنها بمال ومنها ما ليس كذلك :

١ - الحقوق التي تؤول إلى مال أو يعتاض عنها به : وهذه هي التي تعارفنا اليوم على تسميتها بالحقوق المتقومة كحق القصاص الذي يصح الصلح فيه على مال فينقلب حق القصاص بالصلح إلى مال ، وحق المتعة للزوج يصح الاعتياض عنه بمال كالخلع والطلاق على مال .

٢ - الحقوق التي لا يصح الاعتياض عنها بمال ولا تؤول إلى مال : وهذه مثل حق الشفعة وحق الخيار مثل الحق في الوظائف المقررة في الجهات الموقوفة عليها كالتكايا والمدارس والمساجد وهو محل خلاف متأخرى الفقهاء .

هذا وقد فرق متقدمو فقهاء الحنفية بين هذين النوعين من الحق بقولهم إن الحق إذا كان متقدراً في المحل الذي يتعلق به صح الاعتياض عنه ، وإذا لم يكن متقدراً في المحل الذي يتعلق به لا يصح الاعتياض عنه ، وقالوا إن الفاصل بين المتقرر وغيره أن ما تغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر ، وغيره غير متقرر . ففي القصاص مثلاً كانت نفس القاتل مباحة في حق من له

الفرق بين
الحقوق التي تؤول
إلى المال والتي
لا تؤول

- ٢ -
الحقوق غير المالية



القصاص وبالصلح بينهما حصلت للقاتل العصمة في دمه فكان القصاص حقا متقدرا لأن محله وهي نفس القاتل يتغير حالها بزواله . أما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقدرا لكن متأخرى الأحناف جنحوا إلى معنى آخر في التفرقة فقالوا إنه لا يصح الاعتياض عن الحقوق التي أثبتها الشارع لدفع الضرر عن الذين تثبت لهم هذه الحقوق كحق الشفعة وحق الخيار لأن صاحب الحق لما رضى بإسقاط حقه كان ذلك دليلا على أنه لا يتضرر بذلك لذا فإنه لا يستحق شيئا أما الحقوق التي أثبتها الشارع لصاحبها أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبها فإنه يصح الاعتياض عنها كحق القصاص والنكاح والرق . أى أن المدار عندهم على سبب ثبوت الحق فإن كان سببه رفع الضرر لم يصح الاعتياض عنه متقدرا كان أولا ، وإن كان الحق ثبت أصالة لا بقصد دفع الضرر صح الاعتياض عنه .

وفي الواقع أن ما قاله متقدمو الأحناف ومتأخروهم من تأويلات وتخريجات إنما دفعهم إلى ذلك وجود أحكام فرعية منقولة عن أئمة المذهب فأرادوا أن يضعوا قاعدة يفرقون بها بين ما وجدوا الحكم فيه أنه يصح أن يعتاض عنه بمال وما لا يصح . ولا تخلوا محاولاتهم هذه من أن تكون محل مناقشة ، والذي أعتقد أنه لا يصح اعتبار محاولاتهم هذه قاعدة تطبق على ما ورد فيه نص فقهي عن أئمة المذهب وما لم يرد ، وأنه لا بد من الرجوع في كل حالة إلى حكمها الخاص .

ما يقبل الإسقاط - الحقوقي التي تقبل الإسقاط والتي لا تقبل

(١) الحقوق التي تقبل الإسقاط : الأصل في الحقوق أن تسقط بالإسقاط بخلاف الأعيان إلا إذا وجدت أسباب أخرى تمنع صاحب الحق من إسقاط حقه ومن أمثلة الحقوق التي تقبل الإسقاط حق الشفعة وحق خيار الشرط وحق خيار العيب إلى غير ذلك .

(٢) الحقوق التي لا تسقط بالإسقاط : قلنا إن الأصل في الحقوق أن تسقط بالإسقاط إلا إذا منع من ذلك مانع من الموانع الآتية :

(١) حقوق لا تقبل الإسقاط لأنها لم تجب بعد . مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلية التي لم يدخل وقتها ومثل إسقاط حق خيار الرؤية قبل الرؤية ومثل من يقول لآخر أسقطت كل حق خيار لي أشرطه في البيع معك من الآن ومثل الولد الذي يقول أسقطت حقّي في الاعتراض على وصية أبي حال حياته . كل هذا لا يسقط لأن الحق نفسه لم يوجد عند الإسقاط .

(ب) حقوق لا تسقط لأن الشارع اعتبرها وصفا ذاتيا لصاحبه لازما لله لا ينفك عنه . مثل إسقاط الأب والجد حقهما في الولاية على الصغير ومثل إسقاط المعتق حقه في الولاء على معتقه فلا يسقط شيء من ذلك لأنهم أجمعوا على أن الولاية كالأوصاف الذاتية لا تسقط بإسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الأصل . وقد قال الإمام أبو يوسف إن ولاية الواقف على وقفه ثابتة له شرطها في عقدة الوقف أو لم يشترطها حتى لو نفاها لأنها إنما تثبت له كآثر من آثار ملكه السابق فهي من الأوصاف الذاتية التي لا تسقط بالإسقاط .

ج - حقوق لا تسقط لأن الإسقاط فيه تغيير للأوضاع الشرعية مثل إسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية . وإسقاط المطلق رجعيًا حقه في الرجعة فكل هذا لا يسقط بالإسقاط فالمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع .

د - حقوق لا تسقط لأن للغير حقا فيها مثل إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة ، ومثل إسقاط المطلق حقه في عدة مطلقة ومثل إسقاط المسروق منه والمقدوف في حقه مثلا حد السرقة والقذف فإن شيئا من هذا لا يسقط بالإسقاط لأن للصغير المحضون حقا في الحضانة وحق الصغير مقدم ولأن الله جل شأنه حقا في وجوب العدة وفي الحدود وحقه تعالى فيها أغلب من حق العبد فيقدم مراعاة للحق الأغلب (١) .

(١) راجع التلويح والتوضيح ج ٣ ص ١٢٩ ، مرآة الأصول الركن الثالث ص ٣١٢ وما بعدها ففيها ما هو حق العبد خالصا وما هو حق الله خالصا وما هو مشترك بينهما وحق العبد غالب وما هو مشترك بينهما وحق الله غالب .

— ٢ —
ما لا يقبل
الإسقاط

(١) لأنها
لم توجد بعد

(ب) لأنه وصف
لازم لصاحب
الحق

(ج) لأن الإسقاط
فيه تغيير للشرع

(د) لا تسقط
لاشتراك حق الغير
فيها

٧٤ - الحقوق التي تورث والتي لا تورث: يقول عليه السلام «من ترك مالا أو حقاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيلاً فألى ، لا نزاع بين أحد من الفقهاء في أن الأعيان والديون تورث أما المنافع فقد بينا قبل . أن الأحناف يرون أنها لا تورث وذهب آخرون إلى أنها تورث بقي الحق هل يورث أم لا ؟

لم يأخذ الفقهاء بقاعدة وراثته الحقوق المطلقة جملة . فبعضهم ينزع في اشتغال الحديث على كلمة الحق ويرى أن المروى «من ترك مالا فلورثته ..» ، وبعضهم نظر إلى معان أخرى اعتمد عليها وقيد الاطلاق الوارد في الحديث وذهب آخرون إلى أن الحقوق تورث . وإليك بعض أقوالهم بالنسبة لبعض الحقوق .

فحق الشرب وحق المرور مثلاً اتفقوا على أنها تورث حتى الأحناف وعللوا ذلك بأنها من الحقوق المالية (١) ، وحق الكفالة بالدين ، وحق حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي البائع عاجل الثمن ، وحق حبس الرهن فإنهم قالوا إن هذه الحقوق تورث لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة .

أما حق الغنم في الغنيمة بعد الأحراز وقبل القسمة فإن الأحناف يرون أنها لا تورث أما الشافعي فيرى أنها تورث وحق خيار العيب فإن الأحناف يرون أنه يثبت للورثة ابتداءً بينما الآخرون يرون أنه يورث ومثل هذا في خيار التعيين ، وخيار الشرط لا يورث عند الأحناف ويبطل بموت من له الخيار بينما يورث عند الآخرين ، وفي حق أجل الدين إذا مات المدين فإن الأئمة الثلاثة على أنه لا يورث ويحل الدين على الورثة وهو رواية عن أحمد أما الرواية الأخرى فهي أن أجل الدين يورث لأن الموت لم يجعل مبطلاً للحقوق وإنما هو علامة على الورثة وقد قال عليه السلام «من ترك مالا أو حقاً فلورثته ،

(١) لكن لو كانت هذه الحقوق ثبتت للمورث عن طريق الوصية فأنها لا تورث « وإذا مات الموصي له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصي له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي ... » . راجع البدائع ج ٦ ص ١٩٠ .

من هذا ترى أن الأصل عند الأحناف أن الحقوق لا تورث إذا كانت مجرد رغبة ومشية إلا ما كان منها حقاً لعقار على عقار كما في الشرب والمرور ففيها الحق لا يتعلق بالأشخاص ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق والحق الثابت للعين ينتقل إلى ورثة من له حق الارتفاق مع العقار نفسه لأنهم تملكوه من مورثهم بما تقرر له على عقار الغير .

وأما في خيار العيب والتعيين فقد ثبت الحق ابتداء للورثة لأن مورثهم تم رضاؤه على أساس سلامة المبيع من العيب فثبت حقهم في تركته على أساس ذلك ولأنه في خيار التعيين لا بد منه لتمييز ملك الورثة من ملك البائع وقد تكلم الفقهاء في هذا كثيراً وليس هنا محل بحثه فارجع إليه إن شئت (١)

٦٤ - منشأ الحق : لما كان الحق في الشريعة نوعاً من الحكم والأحكام من عند الله كانت الحقوق في الفقه الإسلامي تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس فلا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه - وهكذا بالنسبة للحق عند القانونيين فإنه لا ينشأ ولا يوجد إلا من قانون .

(١) الفتح القدير ج ٥ ص ١٢٥ وما بعدها وكذا في العناية بهامشه ، ص ١٤٩ من نفس الجزء ، المغني لابن قدامة (ج ٣ ص ٥٨٢) ، ج ٤ ص ٦٩ ، ص ٤٨٦ ، ٥٣٦ وما بعدها . والزبلي ج ٣ ، ج ٤ ، المبسوط ج ١٣ في عدة مواضع ، رد المحتار ج ٤ ، البدائع ج ٥ في عدة مواضع منها .

القسم الثاني

الملكية

الفصل الأول

الملكية وأنواعها

٦٥ - بينا المال وأقسامه وقلنا إنه لا بد لتحقيق ماليته من إمكان تملكه أى أن يكون مما يمكن إحرازه بنفسه كما يقول الأحناف أو إحرازه ولو تبعاً كما يقول غيرهم ، وبيننا أن الحياة الفعلية تجعل المال متقوماً . ومن هذا نجد أن هناك علاقة واضحة بين الأعيان ومنافعها وبين الإنسان بصفته حائزاً أو ممتلكاً وهي علاقة المالك بالمملوك .

تعريف الملكية

والملكة هي علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصاً فيه اختصاصاً يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعاً وفي الحدود التي بينها الشرع .

والملكية نسبة للملك الذي هو حيازة الشيء حيازة تمكن الحائز من التصرف فيه والانتفاع به على وجه شرعي . أو هو كما يقول الكمال بن الهمام في كتابه فتح القدير ، الملك هو القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع ، وهو بهذا يجعل من ينوب عن غيره في ملك التصرف غير مالك لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً بل يقدر عليه بقدرة المالك ، كما يجعل من يملك التصرف مالكا حتى لو كان عديم الأهلية أو ناقصها . وهناك من الفقهاء من يعرف الملك ، بأنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من إضافته إليه من انتفاعه بالشيء وأخذ العوض عنه ، وإن كان من المتفق عليه والمقرر في الفقه الإسلامي أن الحقوق كلها لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها وتقريره

لأسبابها ، ومنها حق الملكية فإن الفقيه القرافي صاحب التعريف السابق هو الذي أظهر هذا المعنى واضحاً في التعريف .

ما يملك

٦٦ — ما يكون فيه الملك : إذا كان الفقهاء فيما سبق اختلفوا فيما يطلق عليه أنه مال ومنهم من اعتبر المنافع أموالاً ومنهم من لا يعتبرها أموالاً . لكنهم اتفقوا هنا على أن الأعيان والمنافع كلاهما يقبل الملك فأنك كما تملك الدار تملك منفعتها وإن كان هناك خلاف بين الفقهاء فيما يملك فهو بعيد عن إقرار تملك المنفعة ، وإنما هو في تملك الأعيان . فبعض فقهاء المالكية يرون أن الملكية لا ترد إلا على المنافع فقط أما الأعيان فملكيتها لله سبحانه وتعالى ولا ملك للإنسان فيها في الحقيقة والواقع لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة وإنما سلطانه على منافعها فقط .

قابلية الأموال
للك

٦٧ — قابلية الأعيان ومنافعها للتملك : عرفنا أن الأعيان والمنافع تقبل الامتلاك والتملك وبيننا ما يراه بعض الفقهاء في ملكية الأعيان ، ومع هذا فقابلية المال لملك الأفراد ليست مطلقة ، وإنما تخضع لما نشأ بسبب حضارة الإنسان وترايطه ، من تكوينه للجماعات والدول . من نظم وقوانين حدثت من سلطان الفرد في التملك ، وحدثت من قابلية بعض الأشياء للتملك ولذا قسم الفقهاء الأموال من ناحية قابليتها للتملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

(١) ما لا يجوز للأفراد والجماعات امتلاكه لأنه من كيان وجود الدولة لا يملك مطلقاً ومن مستلزمات الجماعة ، ولتعلق مصالح العامة به . كالجسور ، والقلاع والطرق وجميع المنشآت والمنافع العامة ما دام ينتفع بها انتفاعاً عاماً للدولة والمصلحة في وجوده ترجع إلى جميع الأفراد .

لا يملك إلا
للضرورة أو
لمسوغ

(٢) لا يجوز للأفراد والجماعات تملكه إلا لمصلحة عامة تعود على الدولة أو لمسوغ شرعي كالأعيان المملوكة للدولة أو الموقوفة فلا يصح التصرف في شيء من ذلك تصرفاً ناقلاً للملكية إلا إذا كان ذلك لمصلحة تقتضيه أو مسوغ شرعي يتطلبه .

(٣) ما يجوز فيه التملك والتملك من غير قيد أو شرط إلا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا الشأن . وهذا هو الأصل لأن المال بطبيعته قابل للتملك والتملك إلا إذا عرض له ما يخرج عن طبيعة التعامل كما سبق ، إذ التملك والتملك هما النتيجة الطبيعية لإحراز المال . بل هو الثمرة الأولى لإحراز الأموال وسبب تقومها

يملك مطلقاً

بهذا عرفنا أقسام المال بالنسبة لقابليته للملكية وعلينا أن الأصل فيه قابليته للملكية . وقلنا إن الإنسان يملك المال كما يملك الانتفاع به . ولهذا وجد نوعان للملك .

الأصل قابليته
للملك

٦٨ — أنواع الملكية : والملكية تنقسم إلى قسمين لأنها إما أن تكون ملكية تامة بمعنى أنه يثبت للإنسان حق التصرف في نفس العين وفي منفعتها ، أو أن يثبت له هذا الحق في العين فقط دون منفعتها أو في المنفعة فقط دون الرقبة التي هي العين التي ثبت له التصرف في منفعتها وسنتناول ذلك جميعه بشيء من التفصيل مع بيان أسباب ملكية كل نوع منها .

٦٩ — الملك التام : ما كان للمالك حق التصرف المطلق فيه وفي منفعته بمعنى أن يكون مالكا للرقبة ونفس العين المحازة ، عقاراً كان أو منقولاً حيواناً كان أو جماداً من كل ما يملك ويحاز وأن يكون أيضاً مالكا لمنفعة هذا الشيء (١) فإذا كنت تملك داراً ملكاً تاماً فمن حقتك أن تهدمها أو تعدل في أوضاعها ومن حقتك أن تبيعها وأن تهيبها وأن تؤجرها وتستغلها وأن تسكنها وأن توصي لأشخاص بحق سكناها مدة وكذلك تملك التصرف في سيارتك ووثوبك وقلمك وكتابك .

الملك التام
ما يملك رقبته
ومنفعة

وعلى كل فالمالك ملكية تامة حر التصرف في ملكه عينه ومنفعته لا يتقيد في تصرفه بزمان أو بمكان أو بشخص ولا يحد من تصرفاته شيء

حرية ماله
في التصرف

(١) هذا التقسيم أيضاً يوجد عند فقهاء المالكية الذين قالوا إن الأعيان لا تملك وأن الذي يملك هي المنافع فقط إذ يقولون : إذا كان سبب الملك يقتضي سلطاناً كاملاً على جميع المنافع من غير توقيت كانت الملكية تامة مثل الملكية التي ينتجها عقد البيع والهبة أو التي تنتج عن الميراث أو عن حيازة المال المباح . وإن كان سبب الملك يقتضي سلطة قاصرة أو مؤقتة كانت الملكية ناقصة . وذلك كالملكية التي تثبت للشخص عن طريق العارية والاجارة والوصية بالمنفعة .

إلا حد الشارع ما دام يتمتع بأهلية التصرف كاملة ، وهو غير ضامن إذا ما أتلفه وأهلكه لأنه ملكه ، ولا يملك أحد أن ينتزعه منه ويخرجه من ملكه إلا برضاه .

غير أن للشارع سلطاناً على الإنسان في إخراج المال من ملكه جبراً عنه في حالات : (١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

١ - نزع الملكية للمنافع العامة . كتوسعة طريق أو مجرى نهر أو إنشاء جدول أو مصرف أو إنشاء مسجد أو مستشفى ، أو توسعة شيء من ذلك وقد حدث أيام عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما فقد نزع ملكية بعض الدور المحيطة بالمسجد الحرام لتوسعته ، وهدمت فعلاً وألحقت بالحرم . وكان ذلك نظير عوض هو قيمة العقار . وبهذا تتحقق المصلحة العامة ولا يظلم الفرد لأنه سيأخذ عوضاً عن ماله من بيت المال ، الخزينة العامة ، (١)

٢ - بيع مال المدين المماطل جبراً عنه وفاء لدينه لأن في مماطلته لدائنيه ما يسيء إليهم ويضر بهم فهو ظالم لهم بمماطلته ، والظلم يجب رفعه ، والإضرار ممنوع ولذا قال صاحبان من الأحناف للقاضي أن يجبر المدين المماطل على أن يبيع ملكه سداداً لدائنيه وإلا باعه عليه القاضي جبراً لكن الإمام يرى أنه لا يجبر على المدين بسبب عدم الوفاء بدينه ، وإنما يحبس حتى يسدد ما عليه من الديون ولا يفرج عنه إلا إذا انتهى الدين أو ظهر للقاضي أنه لم يبق له ما يباع وسن فصل الكلام في هذا عند الكلام عن الأهلية

٣ - وأخذ العقار بالشفعة لأن الشفيع إنما يملك العقار المبيع على المشتري ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والمصاريف كما سنوضحه في الشفعة .

أسباب الملك التام : ١ - والملكية التامة تثبت للشخص نتيجة التزام عقد كالوصية والبيع والهبة إلى غير ذلك من العقود الناقلة للملكية فانه

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب ح ٢ ص ٤٩٦ للشيخ علي الطنطاوي فقد نقل لنا عن فتوح البلدان ص ٥٨ (فلما استخلف عمر بن الخطاب وكثر الناس وسع المسجد واشتري دوراً فهدمها وزادها فيه ، وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد واتخذ للمسجد جداراً قصيراً دون القامة كانت المصاييح توضع فيه (كما جاء في سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ٥٣) أن عمر بن الخطاب هدم مسجد الرسول وزاد فيه وأدخل دار العباس فيما زاد فيه)

بتام العقد واستلام الهبة وموت الموصى مصر أعلى وصيته انتقلت الملكية (١) إلى المشتري والموهوب له والموصى له . وسند كر هذا بالتفصيل عند الكلام عن العقد في موضعه الخاص .

ثبوتها بالشفعة ٢ - وقد تثبت الملكية بسبب الأخذ بالشفعة فإن الملكية قد تثبت للشفيع من غير رضا المشتري بل جبراً عنه عن طريق القضاء نظير عوض يدفعه وهو الثمن الذي دفعه المشتري . وسنفصل القول فيها في القسم الخاص بالشفعة

ثبوتها بالحيازة ٣ - كما تثبت الملكية من غير عقد ومن غير وجود عوض يخرج من ملك الممتلك وهذا إما أن يكون سبباً منشئاً للملكية شيء لم يسبق تملكه وهو الاستيلاء على المال المباح ، أو بمعنى آخر الحيازة وقد أوردنا للكلام عنها تفصيلاً قسماً خاصاً بعد ذلك .

ثبوتها بالإرث ٤ - وإما أن يكون سبباً ناقلاً للملكية . كالإرث فإن الوارث يملك ماورثه من غير عقد ولا عوض وإنما بقوة الشرع إذ الوارث خليفة المورث

الملك الناقص ٧٠ - الملك الناقص : وهو ما يكون للمالك حق ملك الرقبة فقط والمنفعة

تكون مملوكة لآخر أو العكس سواء في ذلك أن تكون المنفعة شخصية تتعلق بالشخص المنتفع أم عينية تتعلق بالعقار نفسه . فالملك الناقص هو ما لم يحتج فيه ملك العين وجمع منفعتها في يد واحدة وإنما كان مالك الرقبة غير مالك المنفعة جميعها أو بعضها .

وسبب الملك الناقص . - هو تعلق حقين لشخصين مختلفين في شيء واحد أحدهما في رقبته والآخر في منفعته المتعلقة بالأشخاص أو بالأعيان فإذا كانت دار تملكها شخص بالإرث وكان مورثه قد أوصى قبل وفاته بسكنى هذه الدار لشخص آخر عينه لمدة خمس سنوات مثلاً فإن الوارث حينما

سببه تعلق حقين لشخصين في شيء واحد

(١) عقد الإجارة وعقد الزواج وكذا الطلاق على مال والخلع تفيد نقل الملكية فتصلح أن تدخل تحت هذا السبب لأن أجره العين المستأجرة والمهر ، والمال الذي يدفع نظير الطلاق أو الخلع كلها يملكها المؤجر والزوجة والمطلق ملكية تامة عينية ومنفعتها .

يتملك هذه الدار يملك الرقبة فقط لأن الانتفاع بها يملكه شخص آخر في المدة المذكورة وهو الموصى له ما دام قد قبل الوصية بعد وفاة الموصى . على أن ملكية الوارث ستعود ملكية تامة بعد انتهاء المدة الموصى فيها . فالوارث إذا في هذه المدة يملك الرقبة فقط والموصى له يملك في هذه المدة المنفعة فقط . أو أن يكون لإنسان قطعة أرض زراعية وكان سقيها وإرواؤها بمرور المياه من أرض غيره . فتكون هذه الأرض - التي عليها حق إمرار الماء للأرض الأخرى - ملكية صاحبها لها ملكية ناقصة لأن عليها حق ارتفاق كما سيأتي بيانه مفصلاً والأرض الأخرى لها على هذه الأرض حق انتفاع عيني .

١ - ملك الرقبة فقط : بما تقدم نجد أن المالك الناقص نوعان : ملك الرقبة ملك الرقبة فقط فقط ، وملك المنفعة فقط دون الرقبة فإذا كان المالك لا يملك المنفعة كما صورنا من قبل فملكته ناقصة طوال الفترة التي ملكة المنفعة فيها لغيره وعند انتهائها تعود المنفعة إلى مالك الرقبة فيعود ملكه تاماً ، لأن ما في مدة تملك الغير للمنفعة فإن مالك الرقبة لا يستطيع أن يتصرف في ملكه سواء أ كان في منفعته أم في نفس العين بأي تصرف فيه حد من حق مالك المنفعة أو يضر به . ففي مثالنا السابق لا يكون للوارث حق هدم الدار أو شيء منها إلا بإذن ورضاء ممن له حق المنفعة ، وإذا كانت حديقة . لشخص الرقبة ، ولآخر المنفعة ، فإن صاحب الحديقة والمالك لرقبتها لا يستطيع أن يقطع شجرة من أشجارها إلا بإذن مالك المنفعة مادام هذا التصرف ينقص من ملكية المنتفع وحقه ويبقى كل منهما على هذا الوضع حتى تنتهي المدة المحددة للمنتفع أو يموت قبل انتهاء المدة فتعود المنفعة أيضاً لأصحاب الرقبة على تفصيل في ذلك . لأن المنافع كما قلنا ليست بأموال فلا تورث كما يقول الأحناف . وأخيراً نقول إن ملكية العين ملكية تامة وتنقل إلى الورثة وتنقلب دائماً إلى ملكية تامة .

ملك المنفعة

٢ - ملك المنفعة : يرى الأحناف أن ملك المنفعة حالين . حالة لا يكون فيها إلا مؤقتاً . وهذا حين يوجد لا يكون متعلقاً بالعين المنتفع بها وإنما يكون متعلقاً بالشخص نفسه فلا ينتقل إلى غيره مثل ملك المستأجر لمنفعة

العين المستأجرة ويسمى هذا النوع بملك المنفعة الشخصية ، وإن كان الأحناف لا يرونه إلا مؤقتاً وغيرهم يجيزون فيه التأييد ، وعلى هذا يصح أن تنتقل ملك المنفعة الشخصية بعد وفاة مالِكها إلى ورثته عند غير الأحناف ، أما هم فلا يرون المنافع مالا حتى يصح أن تورث ، وسنتناول هذا بالتفصيل في الفصل الثاني .

وأما الحالة الثانية فهي التي تكون ملكية المنفعة فيها دائمة غير مؤقتة بمدة ، لأن الحق حين يوجد إنما يثبت على أنه حق لعين على عين أخرى من غير نظر إلى شخص مالِكها فينتفع به كل من يملك هذه العين وينتقل حق الانتفاع هذا من شخص إلى آخر فيورث بالتالي ، وهذا النوع يسمى بملك المنفعة العينية أو حق الانتفاع العيني ، وعرف باسم حق الارتفاق وقد أفردنا للكلام عنه الفصل الثالث من هذا القسم .

الفصل الثاني

ملك المنفعة الشخصية

أو حق الانتفاع الشخصي

ملك المنفعة
الشخصية

٧١- ملك المنفعة الشخصية: هو حق يستفيد به مالك المنفعة الشخصية يمكنه

من مباشرة الانتفاع بنفسه أو يمكن غيره من هذا الانتفاع بعوض أو
بغير عوض . وهذا النوع يكون في العقار والنقود على حد سواء . وهو يشمل
ما كان الانتفاع فيه قاصراً على شخص المنتفع بذاته من غير أن يكون له
الحق في تملك المنفعة للغير بأجر أو بغير أجر . كما يشمل ما إذا كان للمالك
المنفعة حق الانتفاع بنفسه ، وحق تملكها للغير . وفي الواقع أن ذلك يختلف
 باختلاف سبب ملكية هذه المنفعة وما يتضمنه هذا السبب من قيود اشترطت
 صراحة أو قيود يقتضيها العرف .

أسباب حق
الانتفاع الشخصي

أسباب ملك المنفعة الشخصية :

١- الإجارة ٢- الإعارة ٣- الوصية بالمنفعة ٤- الوقف (١) .

(١) فإن كانت ملكية المنفعة ناتجة بسبب عقد إجارة كان للمالكها حق
الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه وله أن يؤجرها للغير أو يعيرها له ما دام
اختلاف الأشخاص المنتفعين لا يؤثر في العين أما إذا كانت العين المؤجرة

(١) الإجارة : هي تملك المنفعة في الحال بعوض - والإعارة هي تملك المنفعة في الحال

بلا عوض .

والوصية بالمنفعة : هي تملك المنفعة تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

والوقف : حبس العين عن تملكها والتصدق بمنفعتها .

كما يصح أن يكون سبب ملكية المنفعة عقد نكاح المهر فيه منقعة ، ويصح أن يكون سببه

الطلاق نظير عوض عند ما يكون العوض منقعة .

تتأثر بتغير الأشخاص وقد نص في العقد على أن ينتفع بها بنفسه فليس له أن ينيب عنه غيره وإلا كان متعديا .

السبب الإعارة

(٢) وإن كان سببها الإعارة: فإذا كان المعير قد اشترط على المستعير أن لا ينتفع بها غيره كان له حق الانتفاع بنفسه فقط وإلا جاز له أن يعيرها للغير بشرط أن تكون العين لا تتأثر بتغير الأفراد أما إذا كانت تتأثر بتغير الأفراد كالداية والمعطف، فليس له أن يمكن الغير من الانتفاع بها . لأنها وأمثالها تتأثر بثقل الحمولة وبدانة الشخص ونحافته، وعلى كل فإنه ليس له أن يوجرها للغير لأن الإجارة عقد لازم والعارية عقد غير لازم فإذا كان طريق ملكيته عقداً غير لازم فكيف يرتبط مع الغير بعقد لازم، وقد خالف في ذلك الإمام مالك وقال إن للمستعير مطلق الحرية في التصرف بالمنفعة التي اكتسبها من عقد الإجارة طالما هو في مدتها ولم يترتب على تصرفه ضرر بالعين . ولذا: فله أن يعيرها للغير وله أن يوجرها للغير . إذ العارية عنده عقد لازم .

الوقف والوصية بالمنفعة

(٣) وإن كان سببها الوقف أو الوصية بالمنفعة : وكان الواقف أو الموصي قد خول له حق الانتفاع والاستغلال بأن كانت داراً مثلاً وقفها من بعده على شخص معين وشرط له أن ينتفع بها سكناً أو استغلالاً ، أو أوصى شخص لآخر بالانتفاع بداره سكناً أو استغلالاً مدة كذا فإنه بعد وفاة الموصي وقبول الموصي له ، حق لهذا المنتفع ، الموصي له ، أن ينتفع بالدار سكناً واستغلالاً وللموقوف عليه أيضاً ذلك لأن الواقف والموصي قد شرطاً لهما ذلك . وإلا فإن نص الواقف أو الموصي على عدم جواز الاستغلال أو كان العرف يمنع كمن وقف داراً لسكنى طلاب العلم فليس لأحدهم إلا حق السكن أما إذا لم يوجد في المسألة نص يمنع من الاستغلال صراحة ولا دلالة عن طريق العرف والعادة فالمسألة خلافية إذ يرى الأحناف والمالكية أنه ليس له سوى الانتفاع بنفسه دون الاستغلال . أما الشافعي وأحمد فعندهما أن من حقه الاستغلال مادام لم ينص على منعه لأن

الوقف والوصية يفيدان تملك المنفعة والتمليك بإطلاقه يشمل الانتفاع والاستغلال ومحل دراسة ذلك في الوقف والوصية .

٧٢ - من الانتفاع وملك المنفعة: مما تقدم تبين أن بعض من لهم ملكية المنفعة الشخصية يكون لهم مطلق الحرية في الانتفاع الشخصي إنتفاعاً واستغلالاً كما تبين أن هذا يرجع إلى السبب الذي ثبت به حق الانتفاع للمنتفع حسب الشروط الواردة في السبب صراحة أو دلالة تبعاً لما يقتضيه العرف وإلا فقد يذنا لك ما فيها من خلاف .

وعلى كل فالأحناف لا يفرقون بين من له حق الانتفاع فقط ومن له الانتفاع والاستغلال فكلاهما عندهم يعتبر مالكا للمنفعة أو صاحب حق انتفاع شخصي . لأن السبب موضوع للتمليك بدليل أنه يفيد الملك في بعض الأحيان . لهذا يطلقون على كل من يكتسب المنفعة بسبب من هذه الأسباب مالكا للمنفعة .

أما المالكية : فيفرقون بينهما فيسمون - من له حق الانتفاع والاستغلال أى من كان مطلقاً من القيود أو سبب ثبوت الانتفاع له يبيع له الاستغلال - مالكا للمنفعة ، أما الشخص الذى ليس له سوى الانتفاع الشخصي بنفسه فيسمونه صاحب حق انتفاع شخصي . وهذا لأنهم يرون الانتفاع فى الأول من قبيل الملك أما فى الثانى (أى ما يكون له الانتفاع فقط بسبب الإعارة أو الوقف أو الوصية ، فإنه من قبيل الإباحة (١) لا الملك والمباح له ليس

المالكية يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع

(١) الإباحة : أن يأذن شخص لآخر بأن ينتفع بماله أو بملكه لا على وجه التعاقد فيثبت له الحق في المباح ما دام الإذن قائماً . وقد يكون هذا الإذن من مالك المنفعة أو من مالك العين أو من الشارع والأذن يعتبر قائماً حتى يعلم المباح له بانهائه كما يرى الأحناف وهو إحدى روايتين عن الشافعى والمباح له ليس له سوى الانتفاع بنفسه فقط وهذا ما يسميه المالكية بحق الانتفاع الشخصي . وعلى كل فإذا كانت الإباحة تتعلق بمنفعة فإن المباح له قد تملكها بالانتفاع بها لأنها تكون قد استهلكت . وإذا كانت تتعلق بهين من الأعيان كمن ينثر نقوداً في الأفراح وكدعوة الصديق إلى الطعام فالأحناف يرون أنه على ملك صاحبه حتى يدخل في يد المباح له فيمتلك بالاحراز . وذهب آخرون إلى أن المباح له لا يملك المال بتناوله وإنما يبقى على ملك صاحبه حتى يستهلكه المباح له وهو على ملك صاحبه بإذن منه .

سوى أن ينتفع بنفسه حسب الإذن . فمن دعاك لتركب معه سيارته فقد أباح لك هذا فليس لك أن تنيب عنك غيرك ، ومن دعاك لطعام عنده فليس من حقلك أن تأخذ الطعام خارج الوليمة أو أن تنيب غيرك .

الرقبة في يد
صاحب المنفعة

٧٣ - الرقبة في يد المنتفع : وسواء أكان من له المنفعة يسمى مالكا أو يسمى صاحب حق انتفاع فإنه لا فرق بين التسميتين مادام الحكم واحداً بالنسبة لمن يملك المنفعة دون الاستغلال ، وعلى كل فواء أكان يملك الانتفاع والاستغلال أو يملك إحداهما دون الأخرى فهو لا يملك شيئاً في الرقبة . وإنما يجب على صاحب الرقبة أن يسلمها لمن له المنفعة ليستوفي حقه في المنفعة كاملاً حسب المعتاد إذا لم يكن هناك شرط يبين طريق الاستعمال والانتفاع ، فإن كان هناك في العقد ما يحدد طرق الانتفاع كان الانتفاع في حدود هذه الشروط لأن ملكية المنفعة تقبل التقييد عند إنشائها بالزمان والمكان والصفة .

فإذا تسلم مالك المنفعة العين كانت أمانة في يده يحافظ عليها ويصونها فإذا هلك أو حدث بها عيب ينقص من قيمتها بغير اعتداء من مالك المنفعة فلا ضمان عليه لأن يده يد أمين ، والأمين لا يضمن . وسواء في ذلك إذا هلك أو تعيبت قبل انتهاء مدة انتفاعه بها أو بعد انتهاء مدة الانتفاع وقبل التمكن من ردها .

لا تضمن بالهلاك
لأنها أمانة

إذا حبسها في
يده بعد استيفائه
المنفعة

أما إذا حدث الهلاك أو التعيب بعد انتهاء مدة انتفاعه وتمكنه من الرد وقد احتبسها في يده بغير حق ، أو حدث الهلاك أو التعيب باعتداء منه أو إهمال أو أنه تجاوز حد الانتفاع المشروط أو المعروف كان ضامناً لها ولا يعتبر محتبساً لها بغير حق إذا كانت أرضاً زراعية ولم يسلم الأرض لصاحبها بعد انتهاء مدة الإجارة أو الأمانة أو الوصية بسبب انتظاره نضوج الثمر أو الحصاد لأنه يلتزم أجر المثل عن هذه الفترة الزائدة عن مدته فإذا هلك العين أو تعيبت في هذه الحالة لا شيء مما سبق فلا ضمان عليه .

أو كان له بها
منفعة لم تنتفع

٧٤ - مؤنة العين مدة الانتفاع : وما دامت العين في يد المنتفع

مؤنة العين
ونفقاتها

ليستوفى منفعته منها طوال المدة التي له الحق فيها فمن الذي يجب عليه نفقاتها ومؤنتها ؟ مع أن الأصل أن من ملك شيئاً حيواناً كان أم غيره كانت نفقته عليه لأن الملك من أسباب وجوب النفقة اتفاقاً .

فإن كان سبب حق الانتفاع هذا عقد إجارة كانت النفقات على المؤجر إلا إذا كان نص في العقد على غير ذلك . فإذا استأجر شخص قطعة أرض زراعية فعلى المالك أن يدفع ما عليها من أموال وإن كان المستأجر داراً فعلى صاحبها ترميمها إن لزم وما عليها من ضرائب ورسوم ، وإن كانت دابة فعلفها على مالِكها إلا إذا نص على غير ذلك في العقد لأن مالِك المنفعة إنما يملك منفعة العين بعوض .

وأما إذا كان سبب حق الانتفاع الأمانة أو الوصية بالمنفعة ، فالأحناف (١) ذهبوا إلى أن نفقة العين المعارة أو الموصى بمنفعتها على المستعير أو الموصى له بالمنفعة أما إذا كان سبب حق الانتفاع الوقف : فإن نفقة العين الموقوفة يجب في الربح الناتج منها إن كانت مستغلة ، وعلى من له المنفعة إن كانت موقوفة للانتفاع دون الاستغلال وعلى كل فهي في الواقع لا تخرج عن ما قلناه بالنسبة للأمانة والوصية أي أن المنفعة واجبة على المنتفع والموقوف عليه ، غاية الأمر إن كان له الاستغلال تكون النفقة من الغلة . مع ملاحظة أن هذه الغلة كان سيأخذها هو فليس هناك فارق ولعل الذي دعاهم في حالة الوقف إلى هذا الكلام أن الموقوف يخرج من ملك صاحبه إلى ملك الله تعالى وبهذا تكون نفقة العين المنتفع بها على المالك إذا كان سببها الإجارة لأن المالك يأخذ عوضاً عن منفعته . وإلا فعلى المنتفع عملاً بالقاعدة الفقهية « الغنم بالغرم » فمن يملك المنفعة بالمجان غنم بها ولذا لزمه أن يغرم نفقاتها ... إلا إذا نص على غير ذلك بينهما

— (١) أما الشافعية فقد جعلوا نفقة العين على مالِكها إلا في الوقف فجعلوها في غلته . وأما المالكية والحنابلة فيرون أن نفقة العين على مالِكها إن كان سبب تملك المنفعة الإجارة أو الوصية وكذلك الإجارة لأن طبيعة العارية تملك المنافع بغير عوض ولو ألزمتنا المستعير بالمنفعة لأصبحت الإجارة بعوض . أما إذا كان سبب ملك المنفعة الوقف فالحنابلة مع الأحناف وهي محل تفصيل عند المالكية .

لا يورث هذا
الحق عند
الأحناف

٧٥ — هل يورث هذا الحق : — لكن إذا مات مالك المنفعة فهل

ينتقل هذا الحق لورثته ؟ قلنا من قبل إن المنافع وهذه الحقوق لا يعتبرها
الأحناف أموالاً ومادامت ليست بأموال فإنها لا تورث إذ أنها تتجدد من
وقت لآخر والمنافع التي توجد بعد وفاة مالك المنفعة لم تكن من تركته لأنها
لم تكن موجودة في حياته والذي يورث هو تركته المتوفى حين وفاته والذي
لا ينتقل بالموت إلى الورثة لا يورث سواء في ذلك أكان سبب تملك المنفعة
إجارة أم إعارة أم وصية أم وقفاً غير أنه إذا كان للورثة بالعين ثمر لم ينضج
حق لهم احتباس العين لاستيفاء منفعتهم ، وعليهم أجر المدة الباقية حسب
العقد إن كان سببها إجارة وإلا فأجر المثل

يورث عند الباقيين

أما عند جمهور الفقهاء فتورث عندهم لأنها أموال فإذا كان سبب حق
الانتفاع الوصية ومات الموصى له قبل انتهاء المدة فإن لورثته عندهم أن ينتفعوا
بالمدة الباقية لمورثهم إلا إذا نص في عقد الوصية على خلاف ذلك وإن كان
سببها الوقف فإن الحق ينتقل حسب رغبة الواقف في إشهاد وقفه وإن كان
سببها الإجارة فالمنفعة تنتقل إلى الورثة لأنها تعتبر مالا وتورث .

أما إذا كان سببها الإعارة فالشافعي وأحمد مع الأحناف في أنها لا تنتقل
إلى الورثة لأن العارية تفيد أباحة الانتفاع فقط دون تملكه عندهما
وأما عند مالك فالمنفعة تنتقل إلى الورثة مادام عقد العارية مقيداً بمدة
وذلك لأن العارية عندهم عقد لازم فوق كون المنافع أموالاً .

إذا مات
مالك الرقبة

أما إذا مات مالك العين نفسها دون صاحب المنفعة فما الحكم ؟ إذا كان
سبب المنفعة إجارة أو إعارة انفسخ العقد عند الأحناف وتابعهم بعض
الفقهاء . لأن الأحناف كما قلنا لا يعتبرون المنافع أموالاً لها قيمة ذاتية
وإنما قوامها في عقد الإجارة العقد نفسه . والعقد إرادة شخصية للعاقد تنتهي
بإنهاء حياته ولذا فإن حق الانتفاع ينتهي وتعود المنفعة إلى ورثة المالك مع رقبة
المالك فيتملكونه ملكية تامة إلا إذا كان بالعين ثمرة لم تنضج أو منقعة لم تتم
فتبقى العين في يد المنتفع على الوجه السابق ذكره وإن كان سببها الوقف فيبقى

حق الموقوف عليه قائماً لأنه ينتقل حسب شرط الواقف ولا يمكن أن يكون هنا سبب الوصية لأنها لا تبدأ إلا بعد موت الموصي .

٧٦- أثر هلاك العين في هذا الحق : بقي ما إذا هلكت العين المنتفع بها نفسها قبل إنتهاء مدة الإنتفاع فما الحكم؟ إذا هلكت العين أو تعذر الإنتفاع بها بأن كانت دابة فماتت أو أرضاً فسبخت أو داراً فهدمت . وكان ذلك قبل إنتهاء مدة الإنتفاع فإن كان ذلك بلا تعد أو تقصير فإن حقه في الإنتفاع ينتهي إذ لا يتصور بقاء الملك في المنفعة بعد هلاك محلّه وسواء في ذلك ما إذا كان سبب ملك المنفعة وصية أو وقفاً أو إعاره أو إجارة مادامت المنفعة لم تكن ديناً في الذمة أما إذا كانت المنفعة قد ثبتت للمنتفع بعقد إجارة وكانت ديناً في الذمة أي أن العين الواقع عليها العقد غير معينة فإن المنفعة تبقى واجبة للمستأجر رغم هلاك العين وذلك مثل الذي يحدث أماننا في الحياة العملية حين تتركب سيارة عامة من سيارات شركة النقل فإنك بدفعك الأجر واستلام التذكرة تكون قد تعاقدت مع مندوب الشركة على أن يوصلك إلى جهة كذا ، المنفعة ، وقد تملكك أنت هذا الحق كما تملك الشركة الأجر فإن تعطلت السيارة في الطريق وتلفت فإن حقتك في الإنتفاع قائم وتلزم الشركة باحضار سيارة أخرى لتوصلك إلى الجهة المتعاقد عليها إذ العقد هنا لم يكن على سيارة معينة وإنما كان لتوصلك إلى جهة معينة .

أما إن كان التلف نتيجة تعد أو تقصير فإن سبب ملك المنفعة وقفاً أو وصية لزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق واستيفاء المنفعة ، أما إذا كان السبب إعاره أو إجارة عين بذاتها فإن حق الإنتفاع ينتهي بهلاكها ، أما إذا كان سببها إجارة والمنفعة ثبتت ديناً في الذمة — أي من غير تعيين فالحق (١) قائم إلا إذا كان هو المتعدى فإنه يضمن .

مما تقدم نعرف أن ملكية المنفعة أو حق الإنتفاع الشخصي تنتهي بموت صاحب العين وموت المنتفع على التفصيل السابق وبهلاك العين نفسها مع

ما ينتهي به حق الإنتفاع الشخصي.

(١) راجع ابن عابدين ٥٠ ص ٥٨ والبدائى ٤ ص ٢٢٣ .

ملاحظة ما سبق . بقى أن نقول أخيراً إنها تنتهى أيضاً بانتهاء المدة المحددة للانتفاع ويمكن إبطاله أيضاً إذا كان سببه الإعارة بشرط عدم الإضرار بالمنفعة لأنها عقد غير لازم خلافاً للمالك .

X ٧٧ - خواص حق الانتفاع الشخصى : فواصده ملك المنفعة الشخصى :

- (١) ملك المنفعة الشخصى يتقيد بالزمان والمكان والوصف حسب الشروط أو المتعارف عليه أيا كان السبب إعارة أو إجازة أو وقفاً أو وصية.
- (٢) لا تورث عند الأحناف . لأنها منافع والمنافع لا بقاء لها فلا يتصور دخولها فى تركة المتوفى وانتقالها إلى الورثة لأنها قد انعدمت وما حدث منها فقد حدث بعد وفاته فلم يكن من التركة فلا يورث عنه لأنها حق شخصى بخلاف حق الانتفاع العينى فإنه يورث حتى عند الأحناف وسيأتى .
- (٣) تثبت ديناً فى الذمة إن كان سببها الإجازة على استيفاء منفعة من شئ غير معين كمن يستأجر دابة ليركبها من مكان إلى آخر أو الإجازة على عمل الأجير المشترك وقد سبق بيانه .
- (٤) يثبت للشخص على العقار وعلى المنقول فكما تملك الانتفاع بزراعة الأرض تملك الانتفاع بسكنى الدار وبركوب السيارة وقراءة الكتاب إلى غير ذلك .
- (٥) هذا الحق يمكن لصاحب الرقبة إبطاله حتى قبل مضي المدة إذا كان سببه الإعارة خلافاً للمالك .

الفصل الثالث

حق الانتفاع العيني

أو حق الارتفاق

حق عقار على
عقار مع اختلاف
المالك

X ٧٨ - تعريف : قلنا من قبل إن ملكية المنفعة قد تكون حق انتفاع
شخصي وقد سبق الكلام عليه ، وقد تكون حق انتفاع عيني . أى حق متعلق
بالأعيان لا بالأشخاص ويسمى حق ارتفاق وهو فى اللغة بمعنى الانتفاع
وبمعنى الاتكاء على مرفق اليد وقد اصطلح أخيراً على إطلاق كلمة ارتفاق
على هذه الحقوق التى سنتكلم عنها هنا وحق الارتفاق لا يكون إلا فى عقار
إذ هو كما يقول قدرى (باشا) (١) حق ثابت لعقار على عقار آخر ماله
غير مالك العقار الآخر فيرفع من قيمة العقار الذى له حق الارتفاق ويخفض
من قيمة الآخر .

لكنه مع هذا فقد يكون حقاً مقررأ لغير عقار على عقار كحق المرور
وحق الشفعة . ولذا يحسن أن نفهم أن حق الارتفاق هو ما تقرر على عين
فلزمها دون نظر إلى مالكها وإلى شخص المتفع . ولذا فإن الحق يبق حتى
مع موت أو تغير المالك . فيورث عنه ، ولا يملك أحد إبطاله . هذا والقانون
فى المادة ١٠١٥ يعرفه بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه
شخص آخر .. الخ (٢) .

بسبب اشتراطه
ضمن عقد معاوضة
إذا أجازته العرف

X ٧٩ - أسباب حقوق الارتفاق : ١ - حق الارتفاق يثبت فى الأملاك

(١) راجع (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) للرحوم محمد قدرى باشا ص ١١
المادة ٣٧ .

(٢) وقد تناول القانون حقوق الارتفاق فى المواد من ١٠١٥ إلى ١٠٢٩ .

الخاصة والمشاركة بين الأفراد بسبب أن يكون أحد هذه الحقوق قد اشترط ضمن عقد معاوضة (١)، كأن يبيع شخص لآخر قطعة أرض أو أن تبيع شركة لفرد أو أفراد قطعة أرض بشرط أن يكون للأرض التي تليها حق المرور على هذه الأرض، أو أن يبيع شخص لآخر سفل الدار على أن يكون للبائع حق التعلل. أو يبيع صاحب الدار علو داره لشخص آخر مع بقاء الأرض والسفل في ملكه فإذا تم عقد معاوضة على شيء من ذلك بشرط أن يجيزه العرف كما يرى الأحناف. تم العقد وكان الشرط نافذا والحق قائماً.

٢ - ثبت حق الارتفاق إن كان المرتفق ينتفع بهذا المرتفق من قديم الزمن وقد ورث العقار أو تملكه وهو على هذا الوضع من غير أن يعرف السبب الذي انبنى عليه وجود هذا الحق. فيبقى هذا الحق ثابتاً كما هو ولا يملك صاحب العقار الذي عليه الارتفاق إبطاله. لأنه مادام بدء استعماله مجهولاً. لقدمه، ولا يدري سببه فيبقى الحق ثابتاً حتى يثبت بطلانه. لأن الأصل المشروعية حملاً للناس على الصلاح. فلو كانت أرض زراعية تروى عن طريق أرض أخرى من زمن قديم دون معارضة مع جهل سبب هذا الحق. أو دار شرع بابها على طريق خاص بآخرين من قديم الزمن ولا يدري سبب هذا أو دار لها ميزاب يصرف ماء المطر على سطح دار جاره أو على فناء داره الخارجى وكان ذلك من قديم الزمن مع جهل سببه فإن الحق عند التنازع يثبت لصاحب الأرض والدار والميزاب بسبب قدم استعماله من غير معارضة مع جهل السبب حملاً لحال الناس على الصلاح إذ الأصل كما قلنا أن الناس لا يصنعون إلا ما هو مشروع. حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وليس هذا في الواقع سبباً منشأً لحقوق الارتفاق وإنما هو مؤيد لحق موجود لم يعرف سببه لقدم زمنه.

ثبوته من زمن
مع جهل السبب
ثبت للحق

٢ - وكذلك يثبت هذا الحق ابتداء بسبب إحياء أرض موات (٢). فإنه

يثبت بسبب إحياء
الموات

(١) راجع المبسوط للسرخسي ١٥ ص ٥٦، ٥٧.

(٢) هي التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد إلى غير ذلك مما سيأتي بيانه.

إذا جاء شخص واستولى على قطعة أرض وسط الفضاء التي لم تدخل في ملك أحد وأصلحها وجعلها تنبت النبات واتخذ لها مجرى يوصل إليها الماء ماراً بهذه الأرض الفضاء (الموات) أو اتخذ له طريقاً يمر منه ليصل إلى الأرض التي أحيائها ثم جاء آخر فأصلح باقي الأرض وأحيائها . فإن حق الأول في المجرى وفي الطريق ثابت لا يملك الآخر أن يبطله .

الجوار سبب
لوجود حق
ارتفاق

٣ - الجوار نفسه يثبت حقاً لكل من الجارين على الآخر من المحافظة على بنائه وعدم إحداث ما يوهنه أو يزعج سكانه . وهذا ما ذهب إليه المالكية ومتأخروا الأحناف خلافاً لغيرهم الذين لم يروا هذا الحق ملزماً إلا ديانة فقط لا قضاء . وسنعود إلى الحديث عن ذلك بعد .

بسبب الشركة
في المرافق العامة

٤ - وهذه الحقوق تثبت على المرافق العامة أيضاً كالأنهار العامة ، والمصارف العامة ، والطرق العامة . ويثبت الحق هنا بسبب الشركة العامة بين أفراد الدولة في هذه المرافق . فهي قد أنشئت للصالح العام ، وتضان بأموال بيت المال .

لا حاجة للاذن
عند الانتفاع
بالمرافق العامة

غير أنه في الأموال العامة لا يحتاج في الانتفاع بحق الارتفاق إلى استئذان أحد مادام استعماله لهذا الحق لا يتعارض مع ما أنشئ من أجله هذا المرفق ولا يضر به . لأنه شركة عامة بين الناس فلكل شريك حق الارتفاق والانتفاع بما هو شريك فيه مادام يحسن استعمال حقه . أما حق الارتفاق على الأموال الخاصة فإنها تحتاج إلى إذن من المالك أو أن يكون ذلك ، قد تم عليه التعاقد كما سبق بيانه .

ضرورته
في الخاصة

وبعد فهذه هي أسباب حقوق الارتفاق المتفق عليها . وقد أضاف المالكية إلى هذه الأسباب : أن يكون بسبب شراء هذا الحق منفرداً من غير أن يكون ضمن عقد معاوضة وهو مبني على أساس أنه حق مالي يمكن تقومه عندهم ووافقهم على ذلك الشافعية .

وأيضاً أن يلتزم به صاحب العين متبرعاً لاخر بعقد إعارة إذا التبرعات ملزمة عندهم خلافاً لغيرهم ومرجع هذا ما سبق بيانه .

X ٨٠ - حقوق الارتفاق وهل يصح إنشاء غيرها: الحقوق التي تكلم عنها الفقهاء والتي وجدت من قبل هي حق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار فقط فلم يتعارف الناس قديماً على غيرها ، ولم يرد في كتب الفقهاء ما يدل على إحداث مرافق سواها .

هل يصح إنشاء حقوق أخرى لكن إذا جدت مع تجدد الزمن بعض الحقوق الأخرى وأراد المتعاقدون إدخالها ضمن عقود معاوضاتهم وكان العرف يميز ذلك فهل يجوز أم أن حقوق الارتفاق انحصرت في الأنواع المذكورة وإليك أقوال الفقهاء :

الأحناف : فقد حددوا حقوق الارتفاق بما ذكر فقط وقالوا إنه لا يجوز إيجاد حقوق غيرها ومنعوا إنشاء شيء آخر من الحقوق غير هذه لا بعقد معاوضة ولا على وجه التبرع لأن المنافع والحقوق ليست بأموال عندهم - فلا يصح أن تكون محلاً للمعاوضة استقلالاً - أما إذا دخل هذا الحق في العقد تبرعاً. فمثل هذا التبرع يعتبر إعارته وهي لا تفيد التزاماً فيصح له أن يرجع في إعارته. مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها .

المالكية : فقالوا إن المالك حر فيما ينشئ على عقاره من حقوق لعقار غيره وأن الحقوق لم تكن محصورة فيما سبق ذكره . فإذا كان لشخص قطعة أرض معدة للبناء بجوار داره فباعها واشترط على المشتري أن يبنى بارتفاع معين أو أن يترك من ناحيته مسافة محددة وقبل المشتري تم العقد وكان الشرط صحيحاً نافذاً . وسواء أكان هذا الشرط في مقابلة مال إن كان عقد معاوضة . أم لا يقابله شيء بأن كان الملتزم متبرعاً فهو سواء فيهما والشرط صحيح وناقد وينشئ حقاً للآخر . أما إذا كان تبرعاً فهم يرون أن المتبرع يلتزم بتبرعه سواء أكان الحق مؤبداً أم مؤقتاً . وإذا كان معاوضة فصحيح لأنه حق متقوم بمال عندهم .

أحمد بن حنبل ولعل هذا هو مذهب أحمد بن حنبل أيضاً الذي الأصل عنده الإباحة في العقود ، وفي إنشاء أي شرط يرغب فيه المتعاقدان ما دام هذا الشرط لم يصطدم بما يجعله محظوراً .

وأخيراً فإننا نجد القانون المصرى فى مادتيه ١٠١٧ ، ١٠١٨ اتجه هذا الاتجاه ، ولعل ما ذهب إليه مالك فيه خير ورحمة وتوسعة على الناس وإليك الشركات التى تنشئ شروطاً فى عقودها عند تقسيم أراضيها لبيعها للبناء أو للزراعة تكون سبباً فى المحافظة على النظافة والروتق . واتساق الأراضي والبنيان .

ما يعتاز به حق
الارتفاق

٨١ - مواص من الارتفاق :

- (١) لا يكون إلا على عقار فلا يكون فى المنقول .
- (٢) لا يبطل بإبطال صاحب الرقبة التى عليها الحق بخلاف الشخصى فإنه يملك إبطاله إذا كان سببه الإعارة كما سبق بيانه .
- (٣) هذا الحق لا يمنع صاحب العين التى عليها الحق من الانتفاع بملكه
- (٤) هذا الحق دائم لا ينتهى ولا يزول إلا للصالح العام . فلا يجوز تأقيته عند الأحناف وإن جاز تقييده بالصفة والمكان اتفاقاً .
- (٥) هذا الحق يرفع من قيمة العقار صاحب حق الارتفاق ويخفض من قيمة العقار الآخر الذى عليه الحق .
- (٦) يكون دائماً تابعاً للعقار وينتقل معه من يد إلى يد سواء أ كانت يد مشترى أم موصى له أم وارث أم مستأجر إلى غير ذلك . فهو لهذا يورث حتى عند الأحناف لتعلقه بالعقار دون الأشخاص .
- وإليك تفصيل الكلام عن كل حق من حقوق الارتفاق السابق ذكرها .

٨٢ - أولاه من الشرب : الشرب : - عرفه أهل اللغة بأنه الحظ والنصيب

الشرب الشفه

من الماء اللازم للرى والإنبات قال تعالى : (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) فهو بهذا المعنى يشمل حق شرب الإنسان والدواب ويسمى (حق الشفه) كما يشمل رى الأرض وإنبات النبات .

وعرفه الفقهاء : بأنه حق الشرب والسقى . وهو بهذا التعريف يكون قد شمل أيضاً الشرب : باعتبار أنه يطلق على النصيب اللازم من الماء لإنبات النبات وريته .

والشفة : باعتبار أنه يطلق على حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وشرب
حيوانه وانتفاعه المنزلي وعلى كل حق الشرب يتعلق بالمياه — والماء باعتبار
مكان جريانه يختلف من ناحية الإباحة اختلافاً يتغير معه الحكم في حق
الشرب ولذا قسمه الفقهاء إلى ثلاثة أنواع (١)

تعلقه بالماء

أنواع المياه بالنسبة لهذا الحق : —

أقسام الماء من
ناحية الإباحة
والحظر

(١) ماء مباح إباحة عامة فيثبت فيه لكل فرد حق الشرب والشفة
(٢) ماء مباح إباحة خاصة تقتضيها الضرورة فيثبت فيه حق
الشفة فقط .

(٣) ماء محظور لا يباح مطلقاً إلا بإذن خاص أو باليمن .

القسم الأول الماء المباح أباحة عامة :

ماء الأنهار
والترع العامة
حق الناس فيه

الماء المباح إباحة عامة هو الذي لا ملك فيه لأحد ولا يجري في ملك
أحد كالأنهار والترع العامة . وهذا يكون لكل فرد الحق في الانتفاع بمائه
والأخذ منه لشربه وشرب دوابه ولقضاء حاجياته المنزلية ولسقي
أرضه وإروائها وإنبات نباته بشتى الطرق لا يحد من سلطانه شيء
إلا القواعد العامة لمنع الضرر . وقد وضعت الدولة النظم التي
تتكفل هذا وتنظم انتفاع الناس . وكان الفقهاء يقولون إن المياه توزع
بينهم بنسبة الأرض أو بعدد الأيام أو بمقدار الفتحات والأصل
في هذه الإباحة ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : الناس شركاء في
ثلاثة الماء والكلا والنار ، وأنه منهي عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، فلا استثناء
في الحديث يدل على أن المراد بالماء في الحديث السابق الماء غير المحرز .

وإصلاح المجرى الذي تجرى به المياه العامة يكون على بيت مال المسلمين (٢)

(١) قسمه صاحب البدائع إلى أربعة أنواع واعتبر الآبار والعيون نوعاً مستقلاً عن الجداول
والترع الخاصة . راجع ٦ ص ١٨٨ وراجع أيضاً المغني لابن قدامة ٥ ص ٥٣٠ إلى
ص ٥٣٨ ، تكملة فتح القدير المسمى نتائج الأفكار ٨ ص ١١٤ وما بعدها .
(٢) البدائم ٦ ص ١٩٢ .

« الخزانة العامة ، فإذا لم يوجد مال في الخزانة العامة لإصلاح هذا المجرى ولم يتمكن ولي الأمر من جمع ما يدرك به إصلاح المجرى قبل استفحال ضررها كان له أن يجبر الناس على إصلاحه لأن في إصلاحه محافظة على الصالح العام وفي تركه ضرر بالجميع .

القسم الثاني الماء المباح بإباحة خاصة :

الماء الذي يجري بالمجاري الخاصة أو ينبع ويتفجر من عيون خاصة كالآبار . فإذا كان لشخص ضيقة واختط بها جدولا خاصا ليصل ماء الترعة العامة أو النهر العام إلى أرضه وزراعته فإن هذه المياه العامة بعد دخولها في المجرى الخاص خرجت عن إباحتها الأصلية وصارت خاصة بصاحب المجرى ينتفع بها كيف يشاء . ولما كانت حاجة الناس إلى الشفة ماسة ومتكررة وكان الإنسان في تنقلاته وأسفاره لا يستطيع التزود بالقدر الكافي من الماء لحاجته وحاجة حيوانه وأتباعه جعل الشارع للناس حق الشفة على هذا النوع من الماء دون حق الشرب . ومع هذا فعند الضرورة فقط . ولما كان أصل الماء قبل جريانه في الملك الخاص مباحا لإباحة عامة ، ولما كانت المياه في المجرى الخاص ما زالت متصلة بالمجرى العام لأنها تتجدد بجريانها ، ولما كانت هذه المجاري لم تتخذ لإحراز الماء وحفظه ولكنها أعدت لإمرار الماء فيه وإجرائه به . كل هذا أو جد شبهة الإباحة في الماء ولذا ترتب عليه حق الشفة لحاجة الناس إليه دون حق الشرب . ومن حق الناس أن يطلبوا إلى مالك المجرى أن يخرج إليهم الماء ليستوفوا حقهم في الشفة ، أو أن يأذن لهم بالدخول في أرضه فإن أذن لهم وجب عليهم المحافظة على الحواف التي لهذه المجاري إذ في تخريبها أضرار بصاحبها والضرر مرفوع . فإذا أصيبت هذه المجرى بتلف ناشئ من استيفاء أصحاب الشفة حقهم لزمهم كريبه وإصلاحه وإلا فعلى مالك المجرى أو ملاكها إن كانت شركة حسب سهامهم . أما إذا منع صاحب المجرى من لهم حق الشفة من الدخول في أرضه

ماء الجدول الخاصة والآبار

يثبت فيه حق الشفة فقط

صاحب الجدول أو البئر إما أنه يخرج لهم الماء أو يدخلهم

أو إخراج الماء إليهم فإن كان يمكنهم الوصول إلى هذا الماء من طريق عام وصلوا إليه منه ، وإلا فإن أمكنهم الوصول إلى ماء آخر من المياه العامة وصلوا إليها ، وإلا فإذا تعينت هذه المياه أجبره الحاكم على أن يخرج لهم حاجتهم من الماء أو يأذن لهم بارتياح الماء بل قال بعض الفقهاء إن لأصحاب حق الشفـه — هنا إذا خشوا على أنفسهم الهلاك ولا سبيل إلى الوصول إلى ماء غير هذا — أن يصلوا إلى حقهم ولو باستعمال السلاح ، وروى (١) ، في ذلك أن قوما وردوا ماء فسالوه أهله فمنعواهم . فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب ، وقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش . فقال لهم عمر رضي الله عنه هل وضعتم فيه السلاح ؟ أصبح راحل في الدنيا عمر بن الخطاب

عند الضرورة
وامتناع صاحبه
يقا تل لاستيفاء
الشفه

٨٣ — هل يباع هذا المحل أو يورث أو يؤجر : أما الإرث فقلنا من قبل

انتقاله بالارث
بيعه استقلالاً

أن جميع حقوق الارتفاق تورث بالاتفاق لتعلقها بالعقار وانتقالها معه وكذا فإنها تباع وتؤجر تبعاً للعقار اتفاقاً يقول صاحب البدائع (٢) ، ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعاً للأرض ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه . . . ولا تجوز أجارته مفرداً لأن الحقوق لا تحمل الأجازة على انفراد كما لا تحمل البيع وكذا لا يصلح ثمنها في البياعات ، ولا أجرة في الأجازات ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب أصلاً فالقياس أن لا يدخل في عقد الأجازة كما في البيع . وفي الاستحسان يدخل تحت أجرة الأرض من غير تسمية نصاً لوجودها دلالة لأن الأجازة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب . .

من هذا نعلم أن الأحناف لا يجوزون بيعه ولا تأجيره استقلالاً لأنها منافع والمنافع ليست بأموال . والمذاهب الأخرى على جواز بيعه استقلالاً تبعاً لقاعدتهم من أن المنافع والحقوق تعتبر أموالاً .

(١) البدائع ج ٦ ص ١٨٩ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

وذهب بعض فقهاء الأحناف إلى الاحتكام إلى العرف فإذا كان العرف يجيز بيعه استقلالاً كان ذلك وإلا فلا ، وقالوا إنه قد تعارف بيع وتأجير حق الشرب والمرور دون حق المسيل .

القسم الثالث الماء المحظور على غير صاحبه

وهذا هو الماء المحرز في الآواني والآنيب والصهاريج . فهو ملك خاص لصاحبه لا حق لأحد فيه لأن الماء وإن كان مباحاً في الأصل لكنه قد تملكه بالإحراز الفعلي ملكاً تاماً إذ هو مال مباح سبقت يده إليه . يقول عليه السلام : من سبقت يده إلى مال مباح فهو له ، فأصبح بحيازته وإحرازه مالا مملوكا وقد أعدت هذه الآنية أو الآنيب لحفظه . ويقول صاحب البدائع ^(١) : ويجوز له بيعه كما جرت العادة في الأمصار وسائر الأعصار من غير تكبر . فلم يحل لأحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه ، غير أنه لما كان الماء فيه حياة الإنسان يقول الله تعالى : وجعلنا من الماء كل شيء حي ، فإنه إذا انقطع الماء عن بعض الأشخاص وامتنع عليهم الوصول إلى أي مورد مباح إباحت عامة أو خاصة ، وكان في الماء المحرز ما يفيض عن حاجة صاحبه جاز للشخص الظمآن الذي يخشى على نفسه الهلاك أن يأخذ من الماء المحرز لكن بالثمن ولو جبراً عن محرزه مادامت الشروط السابقة قد تحققت لكن لا يصل إلى حد استعمال السلاح لأنه لا شبهة له في هذا الماء ويقول صاحب البدائع : ولو خاف شخص الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فإن لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلاً لأنه لا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره وإن كان عنده ماء فضل عن حاجته فلممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بدون سلاح ،

يؤخذ منه للشفة
عند الضرورة
بالثمن

وفي الواقع أن هذا النوع من الماء لا دخل له هنا ولم يذكر إلابيان أقسام الماء فقط . هذا هو حكم الفقه أما القانون فإن المادة ٨٠٦ تشير إلى أن اللوائح

نظمت الانتفاع بالمياه العامة كما أن المادة ٨٠٨ من القانون المدني وما بعدها تناولت الكلام عن مياه الجداول والآبار بما لا يبعد كثيراً عن كلام الفقهاء .

X ٨٤ - هو المجرى : هو حق يثبت لجلب الماء الصالح لاستيفاء حق الشرب. وهذه المجرى في الغالب تكون ملكاً لصاحب الأرض التي تمر بها المجرى كما يصح أن تكون ملكاً لصاحب الحق فمثلاً قطعة أرض زراعية بعيدة عن مجرى المياه العامة وثبت لها حق إجراء الماء إليها في مجرى الغير من القديم أو كانت تروى منها من زمن بعيد مع جهل السبب أو تكون هذه المجرى نفسها قد تملكها صاحب الأرض البعيدة لإجراء الماء فيها .

المجرى

فليس لمن تمر هذه المجرى في أرضه على كلتا الحالتين أن يمنع جريان الماء فيها أو ينقلها من جهة لأخرى أو يغير في وضعها إلا بإذن من صاحب الحق لكن من حقه أن يلزم صاحب حق المجرى إزالة الضرر الذي يصيبه بسبب نز الماء المتلف لزراعته أو جداره وإصلاح ما عساه أن يحدث من تلف لحواف المجرى إذ الغنم بالغرم (١) كما له أن يمنع صاحب الحق من أن يمر على حافة المجرى إلا بنفسه فقط للإشراف على الماء وإصلاح المجرى أما إذا منعه أيضاً من ذلك لزمه هو أن يقوم بالإصلاح الذي تتطلبه (٢) المجرى ويكون في هذا الحال صاحب الحق غير ضامن لما يحدث من إتلاف بسبب مرور المياه . وليس من حق صاحب المجرى بالتالي أن يغرس على حافة المجرى زرعاً أو شجراً .

الضرر الذي ينشأ
عن جريان الماء

وأخيراً فإذا كان حق المجرى هذا مشتركاً فليس لأحد الشركاء سكره عنهم ليصل الماء إليه إلا بإذن باقي الشركاء ويقسم الماء بين أصحابه بنسبة الأرض أو بمقدار الفتحة ، الكوة ، ومن حق من كانت أرضه مرتفعة إذا

إذا كان المجرى
مشتركاً

(١) البدائع ج ٦ ص ١٩١ .

(٢) راجع فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٥ .

لم يتمكن من رفع الماء إلى أرضه أن يستعمل آلة في رفعه لاستيفاء حقه (١) وإصلاح حواف المجارى الخاصة وتطهيرها إلى غير ذلك .

X ٨٥- هو المسيل: هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو بعد استعماله لتصرفه في المصرف العام سواء أكان ظاهراً أم في باطن الأرض بواسطة أنابيب ، وسواء أكان متخلفاً عن أرض زراعية أو دار أو مصنع ، وقد يكون هذا المجرى الذى تصرف فيه هذه المياه خاصاً فى ملك أحد أو عاماً فى ملك الدولة وهو بالتالى يأخذ حكم حق المجرى لا فرق إلا أنه يصح إبطاله للصالح العام إذا كان قدراً وضاراً بالصحة .

المسيل يأخذ حكم المجرى

٨٦- هو المرور : هو أن يكون للإنسان حق المرور إلى ملكه عن طريق ملك الغير سواء فى ذلك أن يكون الطريق عاماً مملوكاً للجميع أم خاصاً به وآخرين أم يخص للغير دونه وقد ثبت له فيه هذا الحق .

(١) الطريق العام : وهذا حق ثابت للناس جميعاً على السواء غير أن لأصحاب العقار المتصل به أن يفتحوا عليه ماشاءوا من فتحات دون اعتراض من أحد سواء أكانت لم يسبق إحداثها ، أم كانت ، ولكنها تنقل من جهة إلى جهة أخرى . أو تجدد . لكن هل لأحد من أصحاب العقار المتصل بالطريق العام أو من غيرهم أن يحدث شيئاً فى نفس الطريق ؟ إذا أحدث شيئاً من ذلك بأن أنشأ صاحب عقار مضافاً يصرف على الطريق العام مباشرة . أو أنشأ مظلة أو خرج بينائه فى الطريق العام أو أحدث شرفة خارجية به أو أبرز من حانوته بضاعة فى الطريق كما يحدث الآن فى المقاهى أو عند تجار العطاراة والبقاله وغيرهم . فإن كان فى شيء من هذه التصرفات ما يضر بالطريق أو يضيق من سعته جاز لأى فرد منعه ومخاصمته لأن الطريق مرفق عام . الناس جميعاً أصحاب حق فى كل جزئية من جزئياته فيكون لكل فرد حق المخاصمة من أجله لأنه يخاصم عن حق له . أما إذا كانت تصرفات لا يظهر منها ضرر ولا تعتبر

استعماله لغير ما شرع له

التصرفات التى فيها إضرار به

مضيق للطريق جاز له أن ينشئ ما يريد وليس لأحد حق الاعتراض (١) عليه ولا يتوقف عمله على استئذان ولي الأمر . هذا عند غير الأحناف
تصرف لا ضرر فيه رأى غير الأحناف
أما الأحناف : فإن محمدا بن الحسن منهم يتجه مع أئمة المذاهب الأخرى محمد بن الحسن ويرى أنه لا ضرورة لاستئذان الامام ما دام التصرف لا يترتب على فعله ضرر أو تضيق ، وحق الارتفاق به مشروع للجميع فلو جلس شخص في طريق عام متسع لبيع بضاعته ، كالبائع المتجول ، الذي يربح بضاعته للعرض في الطريق فإن هذا لا يزحم الطريق ولا يضر بالمارة .

وأما أبو حنيفة : فإنه يرى ضرورة الإذن لأن الناس يختلفون في اعتبار رأى أبي حنيفة التصرف ضارا أو غير ضار فمنعنا للخلاف والتنازع اشترط استئذان الامام لإحداث أى شيء بالطريق العام حتى لو كان غير ضار . فإذا تم عمله من غير إذن . جاز لكل إنسان منعه أو نقضه إن كان قد تم عمله إذ الطريق مشاع للجميع والأصل عند الإمام في هذا الحظر في الابتداء والانهاء .

وأما أبو يوسف : فاشترط لإحداث شيء من ذلك الإذن قبل العمل ، أما رأى أبي يوسف إذا تم إحداث ما أحدثه فعلا من غير إذن من الوالى ، ومن غير اعتراض من أحد جاز وليس لأحد الحق في نقض ما آتاه . ولا في مخاصمته ما دام قد تم إحداثه ولم يظهر منه أضرار بالطريق . إذ الأصل عند أبي يوسف الحظر ابتداء فإن تم فعله من غير اعتراض من أحد ، ومن غير إذن فيكون قد انتفع بمباح من غير الأضرار بأحد وعلى ذلك فقاعدة أبي يوسف الحظر ابتداء

(١) راجع في هذا فتح القدير لكمال بن الهمام ج ٥ ص ٥٠٥ . المبسوط ج ٢ ص ٢٧ يقول الإمام السرخسى في ص ٦ . « ومن أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذي هو حقهم فهو ضامن لما أصابهم من ضرر » ويقول في ص ٧ « وإلقاء التراب في الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة إلقاء الحجر والحشبة . فيضمن ما يحدث عن ذلك من أضرار . . وهذا كله في طريق هو للعامة » ويقول في ص ٩ « وهواء الطريق كأصل الطريق حق للمارة » متقول بتصريف .

والإباحة انتهاء ، وقاعدة الإمام الحظر في الابتداء والانتها ، وقاعدة محمد بن الحسن الإباحة لا الحظر (١)

وقد نظم ولي الأمر استعمال هذه الحقوق بماله من سلطة تقييد المباح للمصلحة العامة فسن لوائح ونظما تجعل أنه لا بد لإحداث أى مرفق في الطريق واستعماله لغير المرور من ترخيص ولعل القانون في هذا يساير الإمام فيما ذهب إليه لأنه بمثابة استئذان ابتداء .

٢- الطريق الخاص : وهو ما كان لفرد أو أكثر حق المرور فيه الطريق الخاص

بنفسه فقط أو بدوابه وأتباعه سواء أكان صاحب حق المرور مالكا فيه أم كان بملوكا لصاحب الأرض التي يخترقها الطريق . ولأصحاب العقار المتصل به إحداث وتجديد وتعديل وتغيير ما يشاءون من أبواب ونوافذ على الوجه المتعارف سواء بأنفسهم أو بمن يخلفهم من وارث أو مشتري مادامت هذه التصرفات بمأشروع

(١) راجع الفتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ٥٠٣ وكذا العناية بهامشه ، والبداية ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ وراجع أيضا تبين الحقائق للزيلعي ج ١ باب ما يحدثه الرجل في الطريق ج ٦ ص ١٤٢ (ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرسنا أو دكانا فلكل نزع) أى لكل واحد من أهل الحصومة مطالبة بالنقض . والكلام في هذه المسئلة في ثلاثة مواضع هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا والثاني في الحصومة في منعه من الإحداث فيه ورفع بعده والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الأشياء . . . فإن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له ذلك فإن كان لا يضر لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه . وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد وإن أضر لم يحز لما قلنا — وأما الحصومة فيه فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس أن يمنع من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء أكان فيه ضرر أم لا ما دام لم يستأذن الإمام — وأبو يوسف يرى أنه لكل أحد أن يمنع من الوضع قبل الوضع لابعده لأنه بعده سار في بدخاسة والذي يخصمه بعد ذلك يريد إبطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع

وعلى قول محمد ليس لأحد أن يمنع قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس لأنه مأخوذ له في إحداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له أحداث ذلك إذا لم يمنع أحد والمال منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الإمام بل أولى لأن إذن الشارع أخرى وولايته أقوى فصار كالمرور حتى لا يجوز لأحد أن يمنع منه

الطريق من أجلها أما التصرفات التي لم يشرع الطريق من أجلها ، كإحداث ميزاب بصرف الماء على الطريق فلا بد لفعله من إذن الباقيين لأنه كالمملك المشترك . وحتى مع هذا فالإذن عند الأحناف كما سبق ذكره تبرع لا ينتج إلزاماً . فإذا أذن أحدهم ومنع الآخر كان من حقه أن يمنع وإذا أذنوا جميعاً ثم مات أحدهم أو باع كان من حق الوارث أو المشتري نقضه .

وبالتالى فليس لأحد غير أصحابه أن يفتحوا عليه فتحات أو يحدثوا به شيئاً إلا بإذن أصحابه على الوجه السابق . حتى لو كانت دورهم متصلة بالطريق .

لكن مع كل هذا فليس من حق أصحاب الطريق الخاص سده أو إزالته ما دام قد تعلق به حق العامة في المرور به واللجوء إليه وقت الزحام . أما إذا كان عند إنشائه من الأصل قد وضع عند فتحته ومنفذه باب يغلق فلا يدخل منه إلا أصحاب الطريق أو من يأذنون لهم ، فإن حق العامة لا يتعلق به حينئذ ويجوز لأصحابه إزالته في أى وقت .

حق الناس جميعاً فيه

العلو ، والسفل ٨٧ - هو العلو : هو أن يكون لإنسان الحق في أن يعلو بناؤه غيره

على وجه الاستقرار والدوام بقى أو تهدم كل منهما ، فإذا كان لإنسان دار - فيها أكثر من طابق واحد ثم باع لشخص آخر ما فوق الطابق الأول واحتفظ لنفسه بالأرض وبناء السفلى أو باع الأرض وبناء السفلى واحتفظ لنفسه بما فوق السفلى . والسقف دائماً يكون تابعاً للطابق الذى من تحته وليس لمن يعلوه سوى حق الانتفاع به والاستقرار عليه وعلى ذلك يمكن أن يكون فى المنزل الواحد أكثر من مالك واحد ولا تعتبر الدار بينهم شركة ولكنه جوار بينهم ، غاية الأمر أنه جوار رأسى لا أفقى - فليس لأحدهم أى ملك فى الطابق المملوك لغيره . وليس لأصحاب العلو أى ملك فى الأرض التى عليها البناء ولا فى السقف الأسفل . غاية الأمر أن لكل منهم حق الارتفاق على الآخر كما قلنا وحق كل منهم مستقر دائم . ولذا جعل الأحناف للعلو حكم العقار مع أنه مجرد بناء .

هذا إذا كان البناء قائماً فعلاً أما إذا لم يكن هناك بناء مطلقاً أو كان هناك
بناء طابق واحد فقط وأراد صاحب الأرض أو صاحب الأرض والطابق
أن يبيع حق التعلّي فهل يجوز ذلك ؟ .

قواعد الأحناف السابقة تمنع ذلك لأن حق التعلّي مجرد حق فقط . قواعد الأحناف ،
وهو ليس بمال عند الأحناف ولا يباع استقلالاً عندهم إذ لا يمكن أن يقابل
بمال . وعلى هذا فلا يصح أن يباع حق التعلّي من غير وجود بناء العلو
بالات وبالتي لا يصح بيع العلو مع عدم وجود بناء مطلقاً .

وغير الأحناف ممن يعتبرون هذا الحق مالا يجوزون بيعه استقلالاً ، رأى غيرهم ،
فباع الحق إذا من غير وجود بناء مطلقاً ، ومن غير أن يوجد بناء الطابق
الثاني مع وجود الأول لكنهم يشترطون منعاً للجهالة المفضية إلى المنازعة
أن ينص في العقد على السفلى إذا كان قائماً وتذكر مساحته وأوصافه . حتى
يتبين المشتري للعلو المقدار الذي يتم عليه التعاقد ويكون على علم بقوة البناء
ومقدار احتماله . وعلى هذا لو اشترى شخص علواً على سفلى دار ثم تهدم
ذلك العلو أو هدمه صاحبه وباع هذا الحق لأجنبي أو لصاحب السفلى
فلا يجوز ذلك عند الأحناف لأنه ليس بمال ويجوز عند غيرهم .

إذا تم لكل من صاحب السفلى وصاحب العلو ملكه أصبح لكل منهما
حق ارتفاق على عقار الآخر يقيد به في تصرفاته فليس لأحدهما أن يعمل في
بنائه ما يضر ، أو ما يتسبب عنه الإضرار ببناء الآخر . أما التصرفات التي
ليست فيها ضرر مطلقاً . فلكل منهما أن يحدّثها بمحض اختياره وكامل حريته
لكن إن كانت التصرفات ضررها غير ظاهر ولكنه محتمل . فيختلف فيها
رأى الإمام وصاحبيه تبعاً لقاعدة كل منهم السابق ذكرها . هل الأصل في
التصرفات التي ضررها غير ظاهر الحظر في الابتداء والانتها . كما يقول الإمام
أو ابتداء فقط كما يقول أبو يوسف ؟ أم هي مباحة حتى يثبت الضرر كما يقول
محمد بن الحسن ؟

إذا تهدم السفلى وما عليه من علو من غير اعتداء أحد فلا ضمان لأحدهما

هل يباع العلو
المقام قبل البناء
أم بعده ؟

بيع حق التعلّي
بعد هدمه

تصرفات كل من
صاحب السفلى
والعلو في بنائه

على الآخر . غير أنه إذا أعاد صاحب السفلى بناء سفله فيها ، وإلا جاز لصاحب العلو لما له من حق إقامة علوه أن يعيد السفلى بإذن من صاحبه ، ويعود عليه بما أنفق لأنه وكيل عنه بتوكيل مستمد من الإذن ، وإن أقام السفلى مستمداً الإذن من القاضى صاحب الولاية ، فكذلك يرجع عليه بما أنفق لأنه يعتبر وكيلًا عن صاحب السفلى أيضا بتوكيل مستمد من الإذن الصادر له ممن له الولاية العامة في رفع المظالم .

يهدم البناء
وأنهدامه

أما إذا كان الهدم نتيجة اعتداء ، فإن المعتدى يضمن إعادة ما تهدم ، فإذا كان المعتدى صاحب السفلى . فإن كان الاعتداء على العلو فقط ضمنه ، وإن كان الاعتداء على السفلى فإن العلو يتبعه لا محالة ، فيضمن ، ولزم إعادتهما . وإذا كان المعتدى هو صاحب العلو . فإن كان اعتداؤه على علوه فقط فالراجح من أقوال الفقهاء أن صاحب السفلى لا يلزمه بشيء لأنه لا يتأثر من إزالة العلو . غير أن بعض الفقهاء يقولون بأن له أن يلزمه إعادة البناء لأنه يقيه حرارة الشمس ، وماء المطر . وإن كان اعتداؤه على السفلى أيضا ألزم بإعادة السفلى اتفاقا وأما العلو ففيه الخلاف السابق .

هذا الحق يورث كما قلنا من قبل سواء أكان تابعا للعقار أم مستقلا ، حتى عند الأحناف الذين لا يعتبرون الحق مالا ، وقد أبنا ذلك من قبل .

يورث

X ٨٨ - من الجوار : الجوار يكون جانبيا وهذا هو الأصل فيه ، ويكون رأسيا كما سبق في التعليل فإذا كانت حائط مشتركة بين دارين متجاورتين فإن كل دار منهما تعلق بها حق في هذا الجوار ، وتكون تصرفات كل منهما في الجوار مقيدة لتعلق حق الآخر بها .

حق الجوار

أما إذا لم يكن بين الدارين أى شركة فهل يكون لكل منهما حرية التصرف في ملكه كيف يشاء ؟ أم للجار على جاره من الحقوق ما يكفل له الحد من تصرفاته ؟ .

إذا كان بين
الجارين حد
مشترك

قال الفقهاء إن للجار على جاره من الحقوق الأدبية والخلقية ما يجعله ملزما بالمحافظة عليه وعلى أمواله وحقوقه . وعلى ذلك فليس للجار أن يتخذ

حق الجار يلزم
مراعاته ديانة فقط

من داره مصنعا تنبعث منه رائحة كريهة أو يحدث صوتا مزعجا أو هزات قد توهن الجدران وتقلق السكان . أو يفتح نافذة على ملك جاره أو يقيم بناءاً يمنع الضوء والهواء عن جاره . لكن هل يمنع الإنسان من هذا قضاء أم ديانة ؟ المتقدمون من الأحناف ومعهم الشافعي وأحمد : على أن القياس لا يمنع المالك من التصرف في ملكه كيف شاء ، وحق الجار عليه لا يحد من تصرفه في ملكه فله أن يتخذ منها مصنعا أو متجرا أو مسكنا وله أن يحفر فيها ما شاء من حفر وآبار إلى غير ذلك من سائر التصرفات ولا يمنع من ذلك بقوة القضاء . لكن من الناحية الخلقية فإنه يجب عليه أن يحافظ على إحساس جاره وشعوره ويعمل على راحته وإكرامه فإن خالف فلا سلطان لأحد عليه في الدنيا وحسابه على ذلك عند الله .

والمتأخرون من الأحناف ومعهم الإمام مالك تخلفوا عن القياس في هذا الحكم واستحسنوا أن يلزم الجار بالامتناع عن عمل فيه إيذاء وإضرار ببناء جاره ، أو براحتة وخصوصا أن الناس ساءت أخلاقهم وتركوا ما أمرهم به الدين من مراعاة الجار فوجب إلزامهم بهذا قضاء ، وألزم بنتيجة فعله وإزالة ما ينتج عنه الضرر - ويقولون ينبغي الرجوع إلى ولي الأمر واستئذانه في التصرف الغير معتاد لاحتمال وجود ضرر منه بالجار ويرد هذا الخلاف السابق هل الأصل الحظر أم الأصل الإباحة .

ولعل التشريع الوضعي اتجه هذه الوجهة في المادة (٨٠٧) من القانون د على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وقد نظمت الدولة ما أشار إليه متأخرو الأحناف والمالكية بلوائحها وقوانينها .

وبذا انتهى الكلام عن الملكية الناقصة تفصيلا ، ونبدأ الكلام بالتفصيل عن أسباب الملكية التامة . وقد قلنا من قبل أنها إما نتيجة ١ - الاستيلاء على المال المباح ٢ - أو الشفعة ٣ - أو الميراث ٤ - أو التعاقد .

٨٩ - أسباب الملكية في القانون :

نظرة الفقه
الاسلامى

هذه هي أسباب الملكية التامة في الفقه الإسلامى ، أما التشريع الوضعي فقد زاد سبباً آخر : التملك بمضى المدة الطويلة على وضع اليد على كل شيء لأسباب الملكية

ليس مملوكاً أصلاً لو اضع اليد . وهو طبعاً غير وضع اليد على الشيء المباح الذي هو الحيازة . لكن الفقهاء أخيراً قالوا بعدم سماع الدعاوى التي تظهر حيليتها واعتبروا ادعاء شخص ملكيته لشيء مضى عليه في يد غيره زمن طويل من غير أن يدعيه مع الإنكار وعدم العذر المانع من الادعاء والتمكن . وعليه العمل الآن في المحاكم الشرعية المادة ٣٧٥ من القانون رقم ٩٨ سنة ١٩٣١ :
« القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعي من رفعها وعدم العذر الشرعي في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٢٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي له ، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » .

مضى المدة على
وضع اليد

أما الميراث^(١) فموضع دراسته في غير هذا العام وأما الاستيلاء على المال المباح ، فسنفصل الكلام عنه في الكتاب الثالث وأما الشفعة فقد أفردنا لها الكتاب الرابع ثم نخص للعقد بعد ذلك الكتاب الخامس من هذا المؤلف .

(١) الميراث . وهو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان من أموال وحقوق مالية وما عليه من ديون في حدود تركته عند وفاته . ويقول الفقهاء الوارث خليفة المورث فيما ترك عند وفاته من أموال أو ديون ولا يثبت حق الوارث في إرث التركة إلا بعد تجهيز الميت وسداد دينه وتنفيذ وصيته في الحد الجائز شرعاً .

الكتاب الثاني

الاستيلاء على المال المباح

التقييم الأول

طرق حيازة الماء والصيد

الفصل الأول

الحيازة . خواصها حيازة الماء والكلاً والنار

٩٠ — الحيازة : وهي وضع اليد على الشيء المباح وهي سبب فعلى منشئ الملكية في الشيء المباح فالحيازة للشيء المباح تكون سند الملكية ، ومنها يخرج الشيء المحاز عن إباحته العامة التي كان عليها من قبل ويضمن بالاعتداء عليه لأنه قد أصبح بحيازته مالا متقوماً . يقول عليه السلام : « من سبقت يده إلى مال مباح فهو له » .

المال المباح : ما ليس بملوكاً لأحد ، ويصح الانتفاع به على وجه شرعي حال السعة والاختيار كما يصح تملكه لأي شخص يسبق في الاستيلاء عليه وإحرازه فسبق اليد في الاستيلاء هو أساس الحيازة ، التي هي أساس الملكية ، ولذا كانت الحيازة سبباً فعلياً لإثبات الملكية فلا تتوقف على أهلية واضع اليد فتثبت بها الملكية سواء أكان الحائز صبيّاً غير مميز أم كان مجنوناً أم معتوهاً . والسمة في الماء مال مباح فبصيدها خرجت عن كونها مباحة ودخلت في ملكية صائدها ، وكذلك الغزال في الصحراء ، والطير في الهواء ما دام لم يدخل في ملك أحد فهو مباح تثبت الملكية فيه لحائزه ، ولذا كانت الحيازة منشئة للملكية لا ناقلة لها كما في أسباب الملك الأخرى .

٩١ — خواص الحيازة :

١ — سبب منشئ للملكية . إذ أن الملكية لم ترد عليه قبل الحيازة خواص الحيازة وإنما كان مالا مباحاً قبلها .

٢ — سبب فعلى . تتم الملكية فى المحاز عليه بمجرد حيازته فهو يصح من فاقد الأهلية كالصبي والمجنون .

٣ — لا يرد إلا على الأموال المباحة فلا تتم الملكية بالاستيلاء على ما كان مملوكا للغير ولو مجهولا مهما مضت المدة أو طال الأمد^(١) خلافا للقانون الرضى الذى يثبت الملكية بوضع اليد المدة الطويلة^(٢) .

٤ — لا تثبت بالحيازة إلا الملكية التامة للشيء رقبه ومنفعة .

X ٩٢ — المال المباح وطرق حيازته : كل ما خلقه الله لينتفع به الناس على وجه معتاد وليس فى حيازة أحد مع إمكان حيازته . فيكون حيوانا برياً وبحرياً ، ويكون نباتاتاً حشائش وأعشاباً وخطباً ، ويكون جمادات أرضاً ومواتاً وركازاً^(٣) وناراً وماء .

طرق حيازته ولكل نوع من المال المباح طريق للاستيلاء عليه ، وحيازته . فالأمر يكون بوضعه فى الأواني والأنايب والصحاري مع قصد التملك ، والحشائش بحشها ، والحيوان بحرياً وبرياً باصطياده باليد أو بآلة ، والأرض الموات بإحيائها وإعدادها للإنبات ، والركاز بالعثور عليه .

X ٩٣ — حيازة الماء : فالأمر فى المجرى العام شركة عامة ، وفى المجرى الخاص

(١) فالأمر للملك لشخص تبقى ملكيته ثابتة مستقرة لا تزول إلا بسبب من الأسباب السابقة فلو وجدت شيئاً مملوكاً ونجمل شخص مالكه فهو أمانة فى يدك عند الأحناف . أما غير الأحناف فإن اللقطة عندهم تنتقل ملكيتها إلى الملتقط على تفصيل وشروط موضعها كتاب اللقطة فى كتب الفقه .

(٢) فقد جاء فى المادة ٩٦٨ « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كأن له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . وجاء فى المادة ٩٦٩ « إذا أوقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » .

وفى المادة ٩٧٠ فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث إلا إذا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهذا وقد تناول القانون الحيازة فى المواد من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ .

٣ — الأرض الموات هى التى لا مالك لها ، ولا ينتفع بها أحد .
الركاز — المعادن التى توجد فى باطن الأرض وتكون جزءاً منها .

المملوك للأفراد يثبت فيه للناس حق الشفـه ، وفي الأواني والأنايب إذا قصد بوضعه إحرازه والاحتفاظ به فيخرج عن إباحته ويصير ملكاً خاصاً بملكه .
أما إذا وضع إنسان آنية أو صهر يجا في فناء داره أو سطحها أو على حافة حقله لا يقصد إحراز الماء ولكن لشيء آخر ولم يكن قريباً منها فتساقط المطر وامتلاً الصهر يـج أو الاناء من ماء المطر . فهنا لا يصير الماء محازاً فإذا أخذ منه شخص فلا يعتبر متعدياً ولا يضمن . أما إذا كان صاحب الآنية بجوارها أو حضر إليها قبل أن يأخذ منها أحد أو كان وضعها بقصد إحراز الماء فيها عند المطر ثم أراد شخص أن يأخذ من الماء فتمعه صاحبه كان من حقه أن يمنعه لأنه بهذا يكون قد استولى على الماء استيلاء حقيقياً وقصد تملكه ، وبهذا يدخل في حيازته فيضمن من اعتدى على الماء بعد ذلك .

X ٩٤ - مـبـازة الكـلـاء : الكـلـاء نبات لاساق له ينبت من غير إنبات ولا
يكون مقصوداً من استثمار الأرض وهو الحشائش التي تظهر في الأرض يقول
صاحب البدائع (الكلاء اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد (١)) ،
وهي مباحة للجميع إباحة عامة إن كانت في الصحارى وتكون كالـماء في الأنهار
العامة وإن كان الكلاء في أرض خربة مملوكة وقد نبتت من غير سقى أحد لها
ولا إنبات . فالـكلاء مباح لكن الأرض الخربة غير مباحة لأنها مملوكة
ومثله كمثل الماء في الآبار والجداول الخاصة وصاحب الأرض لا يعتبر
محزاً لها إلا بحشها وقطعها .

وإن كانت الأرض قد أعدت للنبات والزرع قال بعض متأخري
الأحناف إذا سقاه وقام عليه ملكه . أما كتب ظاهر الرواية فهي على
أنه مباح إلا إذا قطعه فيملكه بالاحراز كالـماء المحرز يقول صاحب كتاب
البدائع (٢) والصحيح هو جواب ظاهر الرواية لأن الأصل فيه الإباحة

(١) البدائع ٦ ص ١٩٣

(٢) البدائع ٦ ص ١٩٣ .

للحديث : « الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلاء والنار ، .

أما الحطب والقصب : فليس من الحشائش لأنها من المنافع المقصودة ،
والأرض تستثمر بما ينبت فيها من حطب وأمثاله . فحطب القطن وقصب
الأذرة يطلب ضمن المحصول ، فهي في الأرض الخاصة تعتبر محازة بمجرد
وجودها فيضمن المعتدي عليها (١) .

حيازة النار X ٩٥ - مباحة النار : النار جوهر مضي دائم الحركة علوا . فإذا كانت
مشتعلة في شيء مباح ، كالأعشاب وأخشاب الغابات أو أى مادة مشتعلة من غير
أن يحرزها أحد فهي مباحة بإباحة عامة جسمها ولهبها ، وإن كان الوقود - المادة
المشتعلة - مملوكا لشخص فهي مباحة بإباحة خاصة لأى فرد أن يأخذ من
لهبها وأن يستفيد من دفئها وضوئها ما دامت في مكان عام ، وإلا فلا بد من
الاستئذان من صاحبها لأنها تعتبر محازة وتزول عنها الإباحة الواردة
في الحديث .

(١) البدائع ج ٦ ص ١٩٤ «ليس لأحد أن يحتطب من أجرة رجل إلا بإذنه لأن الحطب والقصب
مملوكان لصاحب الأجرة ينبتان على ملكه وإن لم يوجد منه الأنبات أصلا بخلاف الكلاء في المروج
المملوكة لأن منفعة الأجرة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصوداً من ملك الأجرة فيملك بحكمها
ولو أن بقاراً رعى بقراً في أجرة مملوكة لإنسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد بخلاف
الكلاء . والدليل على التفرقة بينهما أن الكلاء لا يجوز دفعه ماملة ويجوز دفع الحطب نقل بتصرف .

الفصل الثاني

حيازة الصيد

٩٦- الصيد وطرق الاستيلاء عليه: يطلق الصيد ويراد به الاصطياد. معنى الصيد

وهو اقتناص الحيوان المباح الذي لا مالك له باليد أو بآلة، كما يراد به كل حيوان لا مالك له يمتنع على الإنسان لطيره أو فراره أو غوصه في الماء. والذي يعنينا في دراستنا هو ما يتعلق بالصيد من ناحية حيازته وتملكه، فسوف لا نتعرض له من ناحية إباحة صيده وتحريمه، ومن ناحية حل أكله وحرمة^(١). والاصطياد: سبب منشيء للملكية لأن به يصير الصيد محازا ويتم الاصطياد باليد أو بالآلات، وتثبت به الملكية بالاستيلاء الحقيقي، أو الحكمي غير أن الملكية لا تستقر وتبقى إلا إذا أصبح الاستيلاء حقيقياً. والاستيلاء يكون حقيقياً: بأمسك الصيد باليد، أو بقرب الصائد منه في مصيده بحيث لو مد إليه يده لأمسكه فإذا أمسك شخص طائراً مباحاً بيده - أو كان الصيد في مصيده وكان الصائد قريباً منه بحيث لو مد إليه يده لأمسكه من غير مهارة - والأول إمساك باليد فعلاً والثاني إمساك بالقوة لأنه ليس بممتنع عليه. - تثبت الحيازة وتنشأ الملكية وتستقر باتفاق الفقهاء من غير حاجة إلى نية وقصد.

والاستيلاء الحكمي: ما يتم بواسطة الآلة وحدها ويخرج الصيد بها عن مناعته وحالته الطبيعية. والملكية فيه وإن كانت تثبت بمجرد وقوعه في الآلة وخروجه عن طبيعته في الفرار. إلا أن هذه الملكية لا تستقر إلا بالاستيلاء الحقيقي وهو أن يأتي الصائد ويأخذ الصيد بيده، أو يكون قريباً منه بحيث يكون الصيد في متناول يده وغير ممتنع عليه. فإذا وقع صيد - في آلة صنعت للاصطياد ووضعت بقصد الصيد سواء

(١) راجع مقدمات ابن رشد - ١ ص ٣١٨ وراجع ابن عابدين - ٥ ص ٣٢٢ إلى ٣٣٤

أكانت ملكه أم كانت ملك غيره إذا العبرة بمن باشر السبب ووضع الآلة للصيد (١) أو وقع الصيد في آلة صنعت للصيد ووضعت لأب قصد الصيد ولا يقصد أى شيء ولكن لمجرد الإيداع والحفظ أو وقع في شيء ليس من آلات الصيد ولكن الصائد قصد بوضعه الاصطياد (٢) — فإن هذا الصيد المصيد في الآلة تثبت ملكيته لصاحب الآلة بمجرد وقوعه فيها وتبقى ملكيته ثابتة ما بقى الصيد خارجاً عن طبيعته ومناعته غير أن هذه الملكية لا تستقر حتى يستولى الصائد على الطير بيده ، أو يحضر إلى الآلة ويكون قريباً منها بحيث يكون الصيد في متناول يده من غير استعمال آلة أخرى فإذا حضر إلى هذه الآلة شخص آخر قبل أن يصل إليه واضع المصيدة . ثم جاء واضع الآلة وتنازعه فالصيد لو اضعها . لأن الصيد قد خرج عن مناعته وطبعه وامتنع عايه الفرار وهو في الآلة ، ولأن واضع الآلة في سبيل الاستيلاء عليه استيلاء حقيقياً بعد أن استولى عليه بواسطة الآلة التي أعدها للصيد والتي يعتبر بها مستولياً إستيلاء حكماً . أما إذا وقع الصيد في الآلة ولم يخرج عن طبيعته . فلم يخرج ، أو لم يغلق عليه فيها واستطاع أن يتخلص من الآلة بسهولة . فأخذه آخر فهو لمن أخذ .

أما إذا استولى على الصيد بواسطة آلة صيد وضعها بقصد شيء آخر غير الحفظ كشبكة وضعها بنية التجفيف . أو بغير آلة صيد ولم يقصد الاصطياد

ما لا تثبت به الملكية مطلقاً

(١) البدائع - ٦ ص ١٩٣ .

(٢) راجع الفتح للكمال بن الهمام والعناية بهامشه - ٦ ص ١٩١ . ولا يجوز بيع السمك في الماء . فإن كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أو لا فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطيد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم وإن لم يكن يؤخذ إلا بالحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقب البيع — وإن لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه . . . الخ

وإنما وقع الصيد فيها من نفسه . فإنه في هاتين الحالتين لا يعتبر مستولياً عليه ولا تثبت بهذا ملكية ابتداء . وذلك : لأنه في آلة الصيد لما نوى بها شيئاً آخر غير الصيد ، التجفيف مثلاً ، فإنه قد أخرجها هذا عن كونها آلة صيد (١) ، وأما في الآلات التي هي ليست من آلات الصيد فلأنه لم ينوبها الاصطياد وهي ليست آلة صيد (حتى نقول إن تخصيصها أصلاً للصيد يغني عن اشتراط نية الصيد إذ النية كأنها مستمرة وموجودة حتى تصرفها نية أخرى كالتجفيف مثلاً) ويكون الصيد في هاتين الحالتين لمن سبقت إليه يده (٢) .

٩٧- **فرواص الاستيلاء الخفي والحكمي** : الحقيقي : لا يحتاج إلى نية ^{فرواص الاستيلاء الخفي والحكمي} مطلقاً ، ويثبت به الملك ويستقر ، ولا يخرج عن ملك صاحبه . والحكمي . يشترط أن يكون بآلة صيد لم يقصد بها شيء آخر ، أو بغير آلة صيد ولكن قصد بها الصيد ، والملكية تثبت به ابتداء من وقت وقوع الصيد أو إصابته وتبقى ملكيته قائمة طالما امتنع عليه الفرار وخرج عن طبيعته حتى تستقر بالاستيلاء الحقيقي ، فإذا رجع الطير إلى مناعته وقوته وفرّ من الآلة قبل أخذه أو الاقتراب منه يرجع مباحاً كما كان .

٩٨- **فرار الصيد وتركه** : لو استولى شخص على صيد وأصبح في يده ^{فرار الصيد من من صائده} واستقرت ملكيته (سواء أكان مستولياً عليه أصلاً استيلاءً حقيقياً أو استيلاءً حكياً ثم انقلب إلى حقيقي) ثم فر الصيد بعد ذلك فأمسكه آخر ونازعه الأول في ملكيته . كل يعتبر نفسه مالكا . فالصيد الأول لأنه تملكه وحازه بالاستيلاء واستقر في ملكه بالاستيلاء الحقيقي . والفرار لا يسقط الملكية ولا يعيد عليه الصيد إلى الإباحة هذا هو رأي الأحناف ، وقاسوا الحكم في هذه المسألة على الحكم في مسألة شرود البعير .

(١) الفتح ج ٥ ص ١٩١ ، ص ١٩٢ (نصب الشبكة للصيد فعلق بها صيد ملكه فلو نصبها ليعفها من بلل لا يملكه وهو لمن يأخذه إلا أن يأتي صاحب الشبكة فيأخذه فيحوزه)
(٢) البدائع ج ٦ ص ١٩٣

رأى المالكية أما المالكية: فيفرقون بين ما إذا بقي الصيد في حوزة صائده مدة استأنس

فيها وخرج عن طبيعته ثم فر بعد ذلك . وبين ما إذا فر منه في الحال . ففي الأولى . يفر وهو على ملك صاحبه . فإذا أمسكه آخر فإن كان قد بقي فأراً زمنياً عاد فيه إلى وحشيته وطبيعته فهو لصائده الأخير وإلا فهو للأول . وفي الثانية يكون حينها فر عاد إلى إباحته الأصلية وهو لمن يصطاده بعد (١) .

أما إذا ترك الصائد الصيد اختياراً : إذا اصطاد شخص طائراً مباحاً أو ظيياً واستقرت ملكيته له بالاستيلاء الحقيقي ثم تركه اختياراً . فانطلق في الفضاء أو الصحراء فاستولى عليه آخر ونازعه الأول ففيه خلاف ؟

ترك الصيد
اختياراً

فبعض الأحناف ، والشافعي وأحمد : على أنه لصائده الأول لأنه لا يخرج من ملكه لأن رفع اليد لا يقتضي زوال الملك ، ويجب أن يرد إليه عند طلبه ولا شيء للثاني ، على تفصيل في ذلك وبعض الأحناف والمالكية : على أنه يخرج من ملك الأول بتركه له ويعود مباحاً كما كان فيكون بعد ذلك ملكاً لمن استولى عليه .. وقد تكلم الفقهاء عن هذه الجزئية كثيراً (٢) ولعل التشريع الوضعي قد اتجه إلى ما ذهب إليه الإمام مالك راجع المادة ٨٧١ بفقرتها .

الأحناف

مالك

أمثلة في الصيد ٩٩ - تطبيع في الصيد (٣) : ١ - وضع الصائد شبكة الصيد . فتعلق بها صيد

فجاء شخص آخر وأخذه وتنازعا ؟ : الشبكة من آلات الصيد . فإن قصد بها الصيد أو لم يقصد أي شيء سوى حفظها . فالصيد له حتى لو لم يكن واضح الشبكة قريباً منها بحيث يكون الصيد في متناول يده . مادام الصيد قد خرج عن مناعته وطبيعته لكن إذا تخلص الصيد من الشبكة وعاد طليقاً فأخذه الآخر من الفضاء فهو للآخر .

(١) راجع البدائع ح ٦ ص ٢٠٣ ومنح الجليل ح ١ ص ٥٨٥

(٢) راجع الحموى على الأشباه ح ٢ ص ١٠٥ ففيه تفرقة بين ما إذا كان تركه لئتملكه شخص معين أو جماعة معينة فهي لمن عيّنهم وبين ما إذا تركه لئتملكه من يشاء أو لم يقل شيئاً عند تركه فإن الصيد باق على ملك صاحبه

(٣) راجع البدائع والفتح الموضع السابق فيها

أما إذا وضعها بقصد التجفيف من الماء . فالصيد لأول مستولى عليه لأن الصائد لما نوى عند وضع الشبكة التجفيف أخرجها عن كونها آلة للصيد وعيّن قصده باستعمالها لشيء آخر غير الصيد .

٢ — جلس شخص في داره ومعه آخر فدخل عليهما ظبي مباح أو طائر مباح فأمرع صاحب الدار وأغلق الباب والنافذة ليمنع الصيد من الخروج ويستولى عليه فسبقه الآخر وأمسكه وتنازعا . ؟ فالصيد لصاحب الدار لأنه نوى الصيد بأغلاقه المنافذ .

٣ — مرّ شخص في الخلاء فوجد طائراً على غصن شجرة فاستطاع أن يستولى عليه بيده ثم استطاع الطير أن يفر من صائده بعد ذلك ، ويرجع إلى الفضاء ثم أمسكه شخص آخر ونازعه الأول ؟ فهو للأول عند الأحناف لأن فراره لا يسقط ملكه ، وخالفهم المالكية وقالوا إذا كان الصيد قد فر قبل أن يستأنس عند صائده كما في المثال فإنه يفر ويعود مباحاً ويكون لأي شخص يستولى عليه . أما إذا استأنس عند صاحبه ثم فر فهو لصاحبه .

٤ — أعد شخص مكاناً في حافة الماء ليصطاد منه السمك . فدخل فيها سمك ثم انحسر الماء عن المكان المعد وبقى به بعض السمك . وأصبح في متناول يد الرجل أن يأخذه بسهولة ولا يستطيع السمك أن يعود إلى الماء فجاء آخر وأخذ سمكة منه على أنه مباح وتنازعا ؟ . فالسمك لمن أعد المكان لأنه يعتبر المكان آلة صيد قد أعدها ، والسمك في الآلة فعلاً وقد خرج عن طبيعته . بل قد أنقلب الاستيلاء إلى حقيقى لقربه منه وكون السمك في متناول يده وتستقر بذلك ملكيته .

٥ — ذهبت وصديقك إلى الخلاء ومع كل منكما كلبه المعلم للصيد فأرسلت كلبك خلف ظبي رأيته فأدركه وأصابه بما يمنعه من الفرار . ثم أرسل الآخر كلبه فأحضر الظبي الجريح وتنازعا الظبي ؟ فهو لك لاستيلائك عليه استيلاء حكماً بجرح كلبك له جرحاً يمنعه من الفرار فثبتت بذلك ملكيتك فيه . وبقيت الملكية ببقاء الصيد جريحاً ممنوعاً من القدرة على الفرار ، وقد كنت في سبيل

الاستيلاء الحقيقى عليه ، ومثل هذا لو أصبت طيراً بمقدوف ، ووقع جريحاً فى مكان بعيد فذهب كلب صديقك يحضره وعند عودته تنازعتهما فهو لك لأنك باشرت السبب .

٦ — لك حديقة أعددتها للزهور والرياضة فقط فجاء النحل وتجمع فيها من غير أن تعد له شيئاً وأفرز عسلاً فرآه شخص قبلك وأخذ النحل والعسل وعند علمك نازعته ؟ . أما النحل فهو لمن استولى عليه أولاً لأن الحديقة ليست بألة صيد ولم يقصد صاحبها أغراء النحل . فهو فيها على إباحته الأصلية وأما العسل فهو لصاحب الحديقة لأنه وجد عنده على وجه الاستقرار والدوام (١) .

٧ — خرج شخص للتريض فى الصحراء فوجد كلب صيد ، فأغراه وأرسله خلف صيد وجده ، فأمسكه الكلب وأحضره لمن أغراه ، وهنا حضر صاحب الكلب ونازع الآخر فى ملكية الصيد ؟ . فالصيد لمن أغرى الكلب لأنه هو الذى باشر السبب ومثله إذا وجدت نبلاً أو شبكة لآخر فاستعملته واصطدت به ثم حضر صاحب الآلة ونازعك ملكية الصيد .

(١) يقول صاحب الفتح (وأما النحل إذا عسل فى أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيداً بل قائم بأمله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بإعداد المكان لذلك) ح ٥ ص ١٩٢

القسم الثاني

حيازه الركاز والأرض الموات

الفصل الأول

الركاز

١٠٠ — **مبارة الركاز** : الركاز هو ما ركزه الله في المعادن - أى أحدثه فيها -
ودفن الجاهلية فيشمل عند علماء اللغة المعادن . التي يطلق عليها اسم الفلِيز .
وهي المعادن التي خلقها الله مع الأرض وكانت جزءاً منها كما يشمل الكنوز .
وهو ما دقن في الأرض من المعادن بواسطة الإنسان قبل الإسلام ،
أما الفقهاء : فذهب أهل الرأي من فقهاء العراق ومنهم الأحناف إلى أن
الركاز عام يشمل المعادن التي هي الفلز ويشمل الكنوز أيضاً قبل الإسلام
وبعده (١) ، وأما أهل الحديث من فقهاء الحجاز فمنهم من أطلق الركاز على
المعادن فقط ومنهم من أطلقه على الكنز فقط لكن الأحناف وإن أطلقوا
الركاز وجعلوه شاملاً للفلز والكنز إلا أنهم يفرقون بين الكنز في دار الإسلام
والكنز في دار الحرب فيما يجب فيه لبيت المال . وقالوا إنه يجب في الكنز
الجاهلي الخمس أما الكنز الإسلامي فلقطة . وعلى كل فسواء أكان الركاز
يشمل الكنز أم لا فقد فرق الفقهاء بينهما في الأحكام .

تعريفه
عند
الأحناف

غيره

(١) راجع الدر المختار (الركاز لغة من الرکز أى الإثبات بمعنى المركوز وشرعاً مال
مركوز تحت الأرض وهو أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق) ح ٢ ص ٤٧
ويقول صاحب البدائع ح ٢ ص ٦٥ الكنز هو المال الذي دفنه بنو آدم في الأرض أو
المعدن وهو المال الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقها والركاز اسم يقع على كل واحد
منها إلا أن حقيقة المعدن واستعماله للكنز مجازاً)
ويقول السرخسي في المبسوط ح ٢ ص ٢١١ والركاز يتناول الكنز والمعدن جميعاً لأنه عبارة
عن الإثبات .

X ١٠١ - أنواع المعادن التي يشملها الرقاز : ١ - صلب قابل للطرق

والسحب والانطباع بالنار كالذهب والفضة والنحاس والحديد .

٢ - صلب لا يقبل شيئاً من ذلك ولا تتغير هيئته كالماش .

٣ - سائل كسائر الزيوت الباطنة ومنها البترول .

X ١٠٢ - مباداة الرقاز والفنز : الفقهاء في الفقه الإسلامي قد اختلفت
لمن تثبت حيازته للمالك . للباحث للدولة

وجهات نظرهم في حيازة هذه المعادن ، ولمن تثبت الحيازة هل للمالك الأرض التي وجدت بها باعتبار أنها جزء من الأرض . أم لو اجدتها لأنه هو الذي باشر السبب وأن باطن الأرض ليس على ملك أحد أم هي ليست لهذا ولا لذلك وإنما هي لبيت المال .

رأى الأحناف : - (١) يرى الأحناف أنه إذا كانت هذه المعادن

قد وجدت في أرض مملوكة للأفراد والشركات كانت تابعة للأرض لأنها من أجزائها وما داموا قد ملكوا الأرض فظاهرها وباطنها سواء .

(٢) وإن كانت من أملاك الدولة الخاصة كانت المعادن التي بها ملكاً للدولة .

(٣) وإن كانت في أرض موقوفة كانت تابعة للوقف .

(٤) وإن كانت في أرض موات فهي لأول مستولى عليها لأنها تصير مباحة تبعاً لإباحة أصلها .

رأى الشافعية والحنابلة : - لعل الشافعية والحنابلة لا يذهبون بعيداً

عما ذهب إليه الأحناف . فقد قالوا : إن كانت المعادن في أرض مملوكة فهي للمالكها ، وإلا فهي لمن سبق في الاستيلاء عليها .. لكن ابن قدامة ينقل عنها رواية فيها وجهة نظر المالكية لا الأحناف (١) .

أما المالكية : فنظرتهم تختلف عن نظرة الآخرين (١) فإنهم يعتبرون المعادن بأنوعها الثلاثة ملكا للدولة ، ولصالح المسلمين جميعاً ، دخلت في ملكيتهم يوم فتحهم هذه الأرض أو يوم دخولها في حوزة الدولة الإسلامية لأن المعادن جزء من الأرض ، وقالوا سواء في ذلك ما إذا كانت المعادن في أرض مملوكة لمالك معلوم أو مجهول أو غير مملوكة لأحد وعللوا رأيهم بأن هذه المعادن وإن كانت من الأرض وجزءاً منها إلا أنها لا تملك بامتلاكها لأن القصد من تملك الأرض استعمالها للزراعة أو البناء أما ما خفي في باطنها من معادن فهي لم تكن معلومة ولا مقصودة للتملك وقت التملك وما دامت المعادن لم تدخل في ملك أحد وبقيت على ملك الدولة حتى رغم ملكية الأفراد للأرض . فإن ولي الأمر يتولاها ويديرها لصالح المسلمين عامة بأي طريق يراه بشرط أن تبقى على ملك الدولة فليس لولي الأمر كما يرى المالكية أن يقطع هذه المعادن بأعيانها لأحد وإنما له أن يقطع منفعتها واستغلالها لمن يرى أن مصلحة الدولة في إقطاعها له سواء طالبت المدة أم قصرت وسواء أكان ذلك نظير أجر يدفعه المستغل أم مجانياً .

رأى المالكية أنها للدولة مطلقاً
بصرف فيها
الامام للمصلحة
العامة مع بقاء
ملكيتها

ومع هذا فقد وجد من المالكية من قال إنها تعتبر أموالاً مباحة ، ومنهم من اعتبر المعادن مباحة لمالكها أو واجدها إلا الذهب والفضة . ولكن الرأي المعتمد في المذهب هو أنها جميعها مملوكة للدولة .

١٣٠ منشأ خلاف الفقهاء : - وسبب خلاف الفقهاء في أحكام المعادن بالنسبة لتملكها هو اختلاف نظرتهم في تملك الأرض هل من تملك قطعة أرض تملكها بكل شيء فيها سواء نتج من باطنها وانفصل على وجه الاستقلال ، أم كان ذلك من ظاهرها نتيجة إنبات أو استغلال . وبذا تكون ملكيته تامة للأرض ولكل ما ينتج منها وله جرية التصرف لا يحد من سلطانه أحد ، وليس للدولة عليه أي حق اللهم إلا الخمس وفي بعض الحالات هذه هي نظرة

السبب في اختلاف
وجهات النظر

(١) راجع الشرح الصغير للدردير وعليه حاشية الصاوي ج ١ ص ٢٥٩ وما بعدها وراجع مقدمات ابن رشد ج ١ ص ٢٢٤ وما بعدها فقد فصل القول فيها تفصيلاً بديعاً وقول لكل قول دليله .

الأحناف ومن تابعهم في الرأي ليس بينهم خلاف إلا في مقدار نصيب الدولة فيمنها الأحناف يرون الخمس في بعض الحالات على تفصيل يعرف في موضعه (١) إذ بالشافعي وأحمد لا يريان فيها شيئاً للدولة وإنما يريان فيها الزكاة ، وعلى كل فقد قاس الأحناف ومن معهم ملكية ما في باطن الأرض على ملكية ما في ظاهرها وفي الواقع أن نظرة الأحناف ومن تابعهم نظرة فردية صرفة لم ينظروا فيها إلى مصلحة الجماعة ولو أخذوا بقاعدة الاستحسان هنا لكان أفضل إذ في الواقع أن التعاقد بين الناس على الأرض أو إحيائها لم يقصد منه وجود معادن فيها ولم يكن هذا الغرض من التعاقد أو الإقطاع (٢) . أما وجهة نظر المالكية فقد أبناها وقلنا إن الأرض تملك بقصد البناء أو الزرع والتعمير ، ولا يقدر لما في جوفها حساب في الثمن ، ولم يقصد في العقد . وعلى كل فنظرة الفقه المالكي في هذه المسألة نظرة جماعية تجعل المصلحة العامة مقدمة على مصلحة الأفراد .

حصة بيت المال : كلها لبيت المال كما يرى المالكية ، وفيها الخمس لبيت المال عند الأحناف إذا كانت المعادن من الصلب القابل للطرق والانطباع بالنار كالذهب والنحاس وجميع المعادن التي تتشكل بالطرق والسحب ، وبشرط أن تكون المعادن في أرض غير مملوكة وإنما هي أرض موات . أما إذا كانت في أرضه الخاصة فكل المعادن له ولا شيء لبيت المال عند الإمام وفيها الخمس أيضاً عند الصاحبين ، وقد قلنا إن الشافعية والحنابلة يريان فيها الزكاة فقط .

حصة بيت المال
في الركاز

(١) المبسوط ج ٢ ص ٢١١ وما بعدها

(٢) ولعل من الغريب اختلاف الطرفين مع أبي يوسف فيما إذا وجد إنسان ركازاً في أرض الغير فالطرفان يريان الباقي بعد خمس بيت المال لأقصى مالك يعرف لهذه البقعة في الاسلام وأما أبو يوسف فاستحسن أن يكون الباقي بعد خمس بيت المال للواجد نفسه ولم يفرق بين ما إذا وجده في المغارة أو في دار أو في أرض لأن الواجد هو الذي أظهره وحازه والركاز مال مباح . أما وجه نظر الإمام ومحمد أن المالك الأصلي تملك الأرض بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها ثم المشتري منه يملك بالعقد فيملك الظاهر دون الباطن . كمن اصطاد سمكة فوجد بها لؤلؤة فهي له بخلاف ما إذا اشتراها . هذا ولم يكن محل بحثهم أن تكون المعادن للدولة أرجح إلى المبسوط لاسرخسي ج ٢ ص ٢١٤ .

١٠٤X - هبارة الكنز: هو ما دفن في باطن الأرض من أموال بفعل الكنز الاسلامي ورأى الأحناف الإنسان . وهو إما إسلامي وإما جاهلي .

الكنز الإسلامي : هو ما قام الدليل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام . والأحناف لا يرونه مباحاً يملكه واجده ، ولكنهم قالوا : يبقى على ملك صاحبه الذي دفنه ملكاً محترماً ، فلا يملكه واجده ولا الدولة ولا صاحب الأرض طبقاً لقاعدتهم السابقة ذكرها في الصيد وهي أن رفع اليد لا يقتضي زوال الملك ، لأنه من وضع المسلم ، ومال المسلم لا يغنم ، والموجود في باطن الأرض كالموجود على ظاهرها (١) .

وإنما يجب البحث عن صاحبه أو ورثته . فإذا لم يمكن الاهتداء إليهم أخذ حكم اللقطة (٢) فيحفظه حتى يعرف صاحبه أو يتصدق به .

الشافعي وأحمد : يريان أنه عند العجز عن معرفة صاحبه أو وارثه تملكه الشافعي وأحمد واجده على أن يضمن إذا وجد صاحبه أو وارثه بعد ذلك .

مالك : يرى أنه عند العجز عن معرفة صاحبه أو وارثه . فهو لبيت مالك المال إن كان في أرض فتحها المسلمون قهراً وإلا فلو واجده .

الكنز الجاهلي : ما قام الدليل على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام . والأحناف يرون فيه الخمس لبيت المال والباقي يملكه واجده ، والشافعي وأحمد : يريان الخمس لبيت المال إذا كان ذهباً أو فضة ، والباقي لو واجده . ومالك : يعطيه حكم الكنز الإسلامي .

أما إذا لم يعرف هل هو كنز جاهلي أو إسلامي فالبعض يعطيه حكم الجاهلي لأن دفن المال في الأرض من فعل الجاهلية ، وبعضهم يعتبره إسلامياً لتقدم الإسلام (٣) ويعطيه حكم الكنز الإسلامي أي يكون لقطة .

(١) المبسوط للسرخسي ٢ ص ٢١٤ .

(٢) اللقطة : المال الملتقط والذي لا يعرف صاحبه . راجع فيها الجوهره على مختصر القدوري

٢ ص ٤٦ واختيار شرح المختار ٢ ص ٩٥ وغيرها من كتب الفقه .

(٣) المبسوط الموضع السابق .

المعادن المعروفة مكانها X ١٠٥ - ميازنة المعادن الظاهرة : ما تقدم كان على ما خفي في باطن الأرض . أما المعادن الظاهرة والتي لا نحتاج في الوصول إليها إلى مؤنة كالمالح والبتروول إن كان ظاهرا ، والكبريت أو المعادن التي في باطن الأرض إن كانت ظاهرة ومعلوماً مكانها . فإن هذه وتلك لا تملك بالإقطاع فليس للوالى أن يقطعها لفرد أو جماعة إقطاع تملك . لأن في تملكها لغير الدولة ما يضيق على الناس ويضر بهم . فلو تملكه أحد منعه عن الناس وإن أعطاه إياهم بعوض أغلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله من تعميم المنفعة بين ذوى الحوائج . . هكذا يقول ابن قدامة . ثم يقول بعد ذلك : « إنه مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً (١) » .

ما في جوف البحار X ١٠٦ - معادن البحر : يوجد في البحار غير السمك والحيوانات المائية وغير الماء نفسه معادن كاللؤلؤ والمرجان وكل حلية تستخرج منه حتى الذهب والفضة . أما الماء فقلنا الحكم فيه من قبل . وأما السمك وما كان من فصيلة الحيوانات المائية فقد تحدثنا عنها في الصيد وقلنا إنها كلها تملك بالحيازة ، وبقي حكم هذه المعادن التي في البحار .

فأبو يوسف من الأحناف : يعطيها حكم المعادن التي في باطن الأرض من أنها تكون لو أجدوها ما دامت الأرض لسيت مملوكة ولا موقوفة على أحد وأن فيها الخمس لبيت مال المسلمين لأنه غنيمة . والله يقول : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة ، الآية » . وما ذلك إلا لأن إمام المسلمين حينما فتح هذه الفتوح بقوة المسلمين تملك ما كان أعداؤهم يسيطرون عليه من

(١) المغنى ٥ ص ٥٢١ وما جاء في المبسوط ٢ ص ٢١٦ « ولا شيء في الفير والنفط والملح لأنها فوارة كالماء » المقصود هنا الحكم على المعادن السائلة الغير ظاهرة من الأصل . ولكن أظهرها من وجدها وفيها يقول ابن قدامة ٥ ص ٥٢٢ وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيه روايتان أظهرهما لا يملكها والثانية يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الحامدة .

أرض وبحر ، لأن البحر ييسط عليه السلطان الذى ييسط على الأرض
واستدل أيضاً أبو يوسف بما روى أن عمر بن الخطاب حينما كتب إليه أحد
عماله فى ثلثة وجدته . ما فيها ؟ قال فيها الخمس .

أبو حنيفة ومحمد : يريان أن كل ما فى البحر مباح وهو لمن وجدته
ولا شىء لبيت المال فيه لأن ما فى البحر لم يكن تحت سلطان أحد فلم يؤخذ
ما فى البحر من الكفار بالغلبة أو القهر حتى يعتبر غنيمة ويفرض فيه الخمس
ولما روى أن ابن عباس سئل عن العنبر فقال : « هو شىء دسره البحر
لا خمس فيه » .

الفصل الثاني

الأرض الموات

١٠٧ الأرض الموات^(١): جاء في الصحاح أن الموات بفتح الميم ما لا روح فيه الأرض التي ليس لأحد فيها ملك أو منفعة

والموات أيضا الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ، ولا ينتفع بها أحد ، وقد عبر القرآن عن الأرض التي لم تستغل بأنها ميتة ، وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الأرض بعد موتها ، ، والله الذي أرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه إلى بلد ميت فأحيينا به الأرض بعد موتها وإنما سميت مواتا لعدم الانتفاع بها فالأرض الموات لم يملكها أحد ولم تتعلق بها منفعة فرد أو جماعة لعدم وصول الماء لها أو لغلبته عليها أو لسوء تربتها ، وزاد أبو يوسف ولم تكن قريبة من العمران ، ووافقه على ذلك الإمام أحمد بن حنبل

إذا لتكون الأرض مواتا لا بد من تحقق شرطين عدم ملكية أحد لها وعدم وجود حق ارتفاق عليها لأحد بأن تكون قد اتخذت مرعى أو محتطبا أو جرننا لأهل الجهة أو بها معدن ظاهر ينتفع به الناس كالملح والكبريت اكتفى بهذا محمد بن الحسن من الأحناف والمالكية لكن أبا يوسف وأحمد ابن حنبل اشترطا فوق ذلك أن تكون الأرض بعيدة عن القرية لأنها إذا كانت قريبة يحتمل أن تكون محل انتفاع لأهل القرية .

هل يشترط أن تكون بعيدة عن العمران

فلو كانت الأرض مملوكة ولكنه لا ينتفع بها مطلقا فلا تعتبر مواتا عند الفقهاء ، ولو كانت غير مملوكة لأحد ولكن ينتفع بها أهل القرية فعلا فلا تعتبر مواتا أيضا . وإذا كانت غير مملوكة لأحد ولا ينتفع بها أحد فلا

(١) راجع في هذا الباب البدائع ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها ، نتائج الأفكار « تكملة الفتح ج ٨ ص ١٣٥ وما بعدها الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٣٠٢ وما بعدها ، الجوهر على القرودى ج ٢ ص ٥٤ وما بعدها شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٢٧٦ وما بعدها — المنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٣٨ وما بعدها .

لكنها قريبة من العمران فهي موات عند محمد بن الحسن ومالك ولا تعتبر مواتا عند أبي يوسف وأحمد بن حنبل (١).

حد البعد

وتعتبر الأرض بعيدة عند أبي يوسف إذا كانت تبعد عن العمران مقدار غلوة (٢) أو إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها . . . لكن أحمد بن حنبل ترك تقدير اعتبارها بعيدة أم قريبة للعرف فجعله هو الفيصل فى ذلك .

وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة (٨٧٤) من القانون المدنى الجديد
« الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة »

هل الأرض
الموات تملك
بمجرد الأحياء
أم لابد من إذن
ولى الأمر

١٠٨ - ما يجب لتملكها (٣) : إذا وجدت أرض غير مملوكة لأحد ولا يتعلق بها حق انتفاع لأحد وبعيدة عن العمران كما يقول أبو يوسف ، وأراد شخص إحياءها وتملكها فهل لا بد من استئذان ولى الأمر أم بمجرد وضع يده عليها وإحيائها تثبت ملكيته ؟ اختلفت وجهة نظر الفقهاء وتبعها اختلاف حكمهم :

الصاحبان وأحمد
ثبتت عندهم بمجرد
الأحياء

فعند الصاحبين التملك يثبت بنفس الاستيلاء على المباح ودليل هذا الاستيلاء إنما هو الإحياء لا مجرد التحجير (٤) فبمجرد الإحياء تثبت الملكية

(١) هذا وقد جاء فى تكملة الفتح على الهداية شرح البداية ج ٨ ص ١٣٦ والموات مالا يفتق به من الأراضى . . . إذا كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية فهو موات . ثم قال والمروى عن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذى مع ارتفاق بها . فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذى فلا تكون مواتا وإذا لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين ، وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه هـ ص ٢٠٢ « فلو مملوكة لم تكن مواتا فلو لم يعرف مالكةا فهى لقطعة » وفى الحاشية هـ وعند محمد إن ملكت فى الإسلام لا تكون مواتا . ومثله فى الدرر والاصلاح والتدورى والجوهرية « وراجع أيضا الجوهرية على مختصر التدورى ج ٢ ص ٥٤ »

(٢) الغلوة الغاية وهى رمية سهم أبعد ما يقدر عليه . ويقال هى قدر ٣٠٠ ذراع إلى ٤٠٠ ذراع وتجمع على غلوات . . . ١ هـ مصباح .

(٣) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣٠٢ والاختيار شرح المختار ج ٢ ص ١٢٩

(٤) التحجير : هو مجرد وضع اليد من غير تعمير وإنما مجرد إظهار الرغبة فى الأحياء وسمى تحجيرا لأنه يقصد حجر الغير ومنعه عنها .

سواء أكان الإمام قد أذن له أم لا واستدلوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق » ، وحديث « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ، فقد أثبت الحديث الملكية لمحي الأرض من غير اشتراط إذن الإمام ، واستدلوا أيضاً بالقياس وقالوا إن الأرض الموات مباح استولى عليه شخص فيتملكه بمجرد الاستيلاء من غير توقف على إذن كما لو أخذ صيداً مباحاً أو حش كلاً مباحاً ووافقهما الإمام أحمد بن حنبل (١) .

أبو حنيفة : اشترط لملك الأرض الموات إذن الإمام له بالإحياء فإذا وضع شخص يده على قطعة أرض موات لإحيائها ولم يأخذ إذنًا من الإمام فلا تثبت له ملكية عليها حتى ولو أتم إحياءها وللإمام أن يأخذها منه أو يقطعها لغيره في أى وقت واستدل أبو حنيفة على اشتراط إذن الإمام بالآتي : —

الأمام يثبت
الملكية بالأذن
والإحياء

روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ، والإذن هو دليل ذلك . ولأن الموات غنيمة إذا أرض كلها كانت تحت يد أهل الحرب فكانت كلها غنائم فلا بد لملكها من إذن الإمام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحشائش فإنها تملك بالاستيلاء لأنها لم تكن في يد أهل الحرب ورجح الكمال بن الهمام في كتابه فتح القدير (٢) رأى الإمام وقال : « إن ما استدل به الإمام مفسر لا يحتمل التأويل . أما دليل الصالحين فيحتمل التأويل وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام » .

(١) راجع المغني ج ٥ ص ٤٣ ، ففيه يقول إن أحياء الموات لا يحتاج إلى إذن الإمام
(٢) راجع ج ٨ ص ١٣٧ . البدائم ج ٦ ص ١٩٤ ، ص ١٩٥ وجاء بحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٠٣ « وقال الصاحبان يملكها بلا إذن لو مسلما فلو ذميا شرط الإذن اتفاقا ولو مستأمننا لم يملكها أصلا اتفاقا . وينفرع على هذا الخلاف لو أمر الإمام رجلا أن يعمر أرضا ميتة على أن ينتفع بها دون تملكها فأحيها لم يملكها عند الإمام لأن الشرط صحيح . وملكها عندهما ولا اعتبار لهذا الشرط إذ التملك يتم بالإحياء نفسه : ثم يقول ابن عابدين « ومحل الخلاف بينهم إذا ترك الاستئذان جهلا . أما إذا تركه تهاونا بالإمام كان له أن يستردها زجراً اتفاقا . » وقول الإمام هو المختار »

مالك يشترط
الإذن في القرية
فقط

أما الإمام مالك ، فقد فرق بين القريب والبعيد فإذا كانت الأرض المراد إحيائها بعيدة فهو مع الصاحبين ولا يشترط استئذانا لثبوت الملكية أما إذا كانت قريبة من العمران فوافق الإمام واشترط استئذان ولى الأمر لجواز الانتفاع بالأرض القريبة لأهل القرية أو خشية التنازع عليها ، وولى الأمر هو الذى يقدر ما فيه المصلحة (١)

الشافعى لا يشترط
الإذن لكن
يستحسنه

الشافعى : يرى أن إذن الإمام لا يشترط للتملك كما يقول الصاحبان ولكنه يستحسنه فقط فإذا لم يحدث لا تسقط من أجله الملكية لأنها تثبت أصلا بنفس الاستيلاء .

القانون

والفقرة الثانية من المادة / ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد تنص على أنه « لا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح ، ثم جاء فى هذه الفقرة الثالثة « إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .

وعلى كل فالإحياء لا بد منه للتملك عند جميع الفقهاء سواء عند من يشترط إذن الإمام أم عند من لا يشترط إذنه .

١٠٩ — ما يتم به الإحياء : وتعتبر الأرض الموات قد تم إحيائها ما يتم به الإحياء إذا أزيل منها ما كان يجعلها غير صالحة للانتفاع بها . أو أحدث بها محيياً ما يجعلها محلاً للاستغلال بأن يجعلها تزرع بشق الترع فيها وجلب آلات الري إليها وحرثها وتسميدها ، أو تجفيفها وإعدادها للزراعة إن كانت مستنقعا ، أو زراعتها فعلا إن كانت أهلاً للزراعة أصلا ، أو بينائها إن كانت أرض بناء ، وكل

(١) جاء بمدونة مالك « ١٥ ص ١٩٥ » .. قال مالك إذا أحيها فهي له وإن لم يستأذن الإمام ولا يكون له أن يحيى ما قرب من العمران فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطعة من الإمام « باختصار .

عمل يجعل اليد ظاهرة عليها وتصير به قريبة الانتفاع (١) ومع هذا فقال بعض العلماء إذا كانت الأرض التي يريد الشخص إحياءها محدودة فلا بد من إحياء ما يزيد على نصفها لتعتبر غير موات يستوى في ذلك ما إذا كان قد أذن له الإمام أم لا وقد حكم ابن حنبل والشافعي العرف في اعتبار ما فعله الشخص هل هو إحياء أم غير إحياء وهو تحكيم شديد.

١١٠ - التحجير: وهو مجرد إظهار الرغبة في الأحياء بمجرد وضع اليد من غير

تعمير فإذا جاء شخص ووضع يده على أرض موات أو أذن له الإمام ثم قام بتحديد الأرض التي وضع يده عليها بوضع علامات من الحجارة أو غيرها على أركانها أو سورها أو أعدم بعض الأعشاب التي بها أو عمل فيها أى شيء يظهر به وضع اليد ويبين حدوده، ولا يصل إلى درجة إعداد الأرض وجعلها محلا للانتفاع. مما يسميه الفقهاء تحجيراً. فإن الشخص المحتجر لا يملك الأرض بمجرد تحجيرها بالاتفاق سواء أكان قد أذن له ولى الأمر بالتحجير أم لا. ولكن تكون يده قد سبقت إليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة ويكون أحق بها من غيره فلم يكن لمن يجيء بعده أن يزعيجه عنها ولا ينبغي للإمام أن يقطعها غيره ولكن ينتظر عليه مدة ثلاث سنوات فإن تم أحيائها بأن جعلها صالحة للانتفاع بها قبل مضي الثلاث سنوات ثبتت ملكيته، وإلا بأن مضت هذه المدة من غير أن يعد الأرض للانتفاع

التحجير لا يكسب ملكاً بل حقاً

(١) وفي الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه «ولو كبرها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهراً أو بذرها فهو إحياء» وفي الحاشية والكراب قاب الأرض للحرث، والمسناة ما ينبت للسيل لبرد الماء، «ص ٥٠٣ وفي الهداية «ولو كبرها وسقاها فمن محمد أنه إحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً لا إحياء ولو حفر أنهاراً بها ولم يسقها يكون تحجيراً وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفلين وكذا إذا سنمها وحوطها ليصم الماء عنها وأيضاً إذا بذرها» تكملة الفتح «ص ٨ من ١٣٩ وفي المغني «ص ٥٣٨ قال القاضى في صفة الإحياء روايتان ١ - إعتبر تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أم للزراعة أم حظيرة للغنم ونس أحمد على أن الأحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف. ٢ - الإحياء ما تعارفه الناس إحياء لأن الشرع ورد بخلق الملك على الإحياء ولم يبينه فيجب الرجوع فيه إلى العرف. لأن الرسول لا يطلق حكماً على ما ليس لمعرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف لمعرفته وكل شيء يختلف إحياءه باختلاف نوعه والغرض منه

الأرض المحتجرة يجوز إعطاؤها للغير

فلا تثبت له ملكية^(١)، ويجوز نزعها منه وإقطاعها للغير سواء أكان إقطاعها أصلاً بإذن من الإمام أم من غير إذن لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج ومن ناحية الغلة والانتفاع ولأن التحجير ليس بإحياء فلا يفيد تمليكاً إذا إحياء هو التعمير والتحجير هو الإعلام لحجر الغير فبقى غير مملوك كما كان. واشترط ثلاث سنين لما روى عن عمر رضى الله عنه « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق »، ويقول صاحب العناية : اختلف المشايخ في كون التحجير يفيد الملك فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين ، وقيل لا يفيد وهو المختار وقد أشار إليه صاحب الهداية بقوله : « هو الصحيح »، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي الثلاث سنوات وأحيائها فإن الملك للثاني الذى أحيائها على الصحيح وعلى الرأى الآخر تبقى الملكية للأول لأن الحق يثبت له مدة ثلاث سنوات والحق الذى يثبت له فيها يكون حقاً مطلقاً ، والمطلق ينصرف إلى الكامل والحق الكامل هو الملك .

هذا وقد عرفت قبل أن القانون يسقط هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .
يقول ابن قدامة^(٢) « التحجير لا يكسب ملكاً لكنه يكسب حقاً فله أن يعطيه لغيره تحويلاً ، وإن مات فوارثه أحق به ».

١١١ - من التحجير والارث : لكن حق التحجير لا يورث عند
هل حق التحجير يورث

الأحناف إذا الحقوق ليست بأموال عندهم فلو حجر شخص قطعة أرض مات بإذن من ولى الأمر أو من غير إذن وبعد مضي سنة من تحجيرها لها مات قبل أن يحييها . فإن حقه فى تحجيرها يسقط ولا يورث عنه وعلى ورثته

(١) راجع البدائى ج ٦ ص ١٩٥ وقد جاء فى كتاب المغنى ج ٥ ص ٥١٩ ويصح أن يعمله ولى الأمر شهراً .

(٢) المغنى ج ٥ ص ٥١٨ .

أن يحتجروها من جديد بأن يظهروا وضع يدهم عليها ويستأذنوا الإمام عند من يرى ضرورة إذن للملك وإلا فللإمام أن يحجرها لغيرهم فإذا احتجروها ورثته من جديد فمدة الثلاث سنوات بالنسبة لهم تبدأ من وقت تحجيرهم وإظهار رغبتهم خلافا لقواعد من ورثوا حق التحجير فإن المدة عندهم تستمر من وقت تحجير مورثهم. (١)

١١٢ — ما يفرضه على الأرضه البيوت المال :

الضريبة التي
تلتزم الأرض به
الأحياء

وعلى كل فمادامت الأرض قد تم إحيائها وأصبحت صالحة للانتفاع بها لزمها الوظيفة وهي الضريبة التي تفرض عليها . فإن كان الذي أحيها ذمى فرض عليها الخراج اتفاقا ، وإن كان الذي أحيها مسلم . فإذا كانت الأرض من حيز الأراضى الخراجية فرض عليها الخراج وإن كانت من حيز الأراضى العشرية أخذت حكم العشرية (٢) لأن حيز الشيء يأخذ حكمه لأنه من توابعه كحريم الدار فإنه يأخذ حكم الدار هذا عند أبي يوسف .

١١٣ — إذا تخربت الأرض بعد إحيائها هل تعود مواتا :

هل تعود الأرض
بعد الأحياء
مواتا بالتخريب

بقي أن نقول إذا حجرت الأرض وتم إحيائها وثبتت ملكيتها لمحييها على الوجه السابق بيانه . فهل إذا أهملها صاحبها وتركها تتخرب فبادت إلى سيرتها الأولى وأصبحت غير صالحة للانتفاع وبقيت على ذلك فترة . فهل

(١) وقد اتجه القانون المدني الجديد إلى ما اتجه إليه مالك والشافعي وأحمد : لأن القانون يتجه إلى اعتبار كل حق يجري بين الناس فيه التعامل وينحصر لحكم القانون هو حق مالى . ولذا فالقانون المدني الجديد يعرف المال بأنه الحق ذو القيمة المالية سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصا أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وقد اعتبر الشيء هو محل الحقوق ولذلك فأحكام القانون استقرت على وراثته الحق ومنه حق لإصلاح الأراضى البور لمن أذن له الإمام بإصلاحها وامتلاكها بعد إحيائها فإذا مات من صدر له الإذن بالإصلاح قبل أن يصلح ويتملك فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته راجع شرح القانون المدني الجديد للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى ص ٣ ص ١٣

(٢) الخراجية هي ما فتحها المسلمون عنوة وأبقوا الأرض في يد ملاكها أو صالح أهلها ولى الأمر على إبقائها نظير دفع الجزية ويصيرون أهل ذمة .

العشرية : هي التي أسلم أهلها ولم تفتح بالقوة والقهرة والحق بها الفقهاء أراضى الجبال والصحراء فإن سقيت بغير آلة وجب في حاصلاتها العشر أما إذا سقيت بواسطة الآلات ففيها نصف العشر . راجع ابن عابدين ص ٥ ص ١٥٥ ، الهداية ص ٢ ص ١٣٣ والبداية ص ٦ ص ١٩٥

تعود مواتا كما كانت يتملكها من يحييها ؟ أم تبقى على ملك صاحبها أو ورثته
أو على ملك الدولة ؟

(١) فلو كان للأرض مالك معروف فالأحناف وأحمد والشافعي : إذا كان لها مالك
على أنها تكون له لأنه ما دام ملكيتها تمت بالإحياء الصحيح فهي ملكية
محرمة فتبقى على ملك صاحبها شأنها شأن الأرض التي أصل ملكيتها بعقد
من العقود ولا تنتقل ملكيتها إلا عن طريق مالكتها الذي تركها أو من
يخلفه من وارث وذلك جريا على قاعدة الأحناف السابقة التي شرحتها عند
الكلام عن فرار الصيد وتركه في القسم الأول وقالوا أيضاً إن الحديث قد
خص الأرض الموات بغير المملوكة لأحد ولم يخصها بالخرابة . ولأن سائر
الأموال لا يزول عنها الملك بالترك .

لكن المالكية يرون أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتا
كما كانت فيملكها من يحييها لأن القصد هو الإنتاج منها والانتفاع بمحصولاتها
وغلتها ، ووضع الوظيفة عليها . وهي عندهم كالصيد يتركه صاحبه فإنه يرجع
إلى إباحته الأصلية .

(ب) أما إذا مضى عليها خربة زمن طويل وأصبح لا يعرف لها مالك
ولا وارث وكل ما يعرف أنها كانت مملوكة في الماضي فالأصح عند (١)
الأحناف ومن تابعهم أنها لجماعة المسلمين يتصرف فيها ولي الأمر تصرفه في
أموال بيت المال إذ هي مستودع أموال المسلمين التي لا يعرف لها وارث
ولسكنها لا تعود أرضا مواتا فلا تملك بالإحياء من جديد . يقول السكاساني
في بدائعه : (٢) ، الأرض الخراب التي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون
لأن الملك فيها قائم وإن طال الزمان فإذا لم يعرف لها صاحب فحكمها حكم
اللقطة . ، أي تحفظ حتى يظهر مالكتها أو يتصدق بها على الفقراء لكن بعض
متأخري الأحناف ذهب إلى أنها تكون لجماعة المسلمين كما قلنا .

(١) ارجع إلى ما قلناه قبل في الهوامش السابقة وارجع إلى تكملة الفتح على الهداية - ٨

ص ١٣٦ ، ابن عابدين - ٥ ص ٣٠٢ الجوهرة على القدوري - ٢ ص ٢٥٤

(٢) البدائم - ٦ ص ١٩٣ وراجع أيضا تكملة الفتح على الهداية - ٨ ص ١٣٦ ، ابن

عابدين - ٥ ص ٣٠٢ الجوهرة على القدوري - ٢ ص ٥٤

الملكية أما الإمام مالك يخالف في ذلك بالأولى وقال إنها تملك بالإحياء لأنها لم يتعلق بها حق واحد بعينه ولا جماعة معينين فهي والتي لم يسبق تملكها سواء وفوق ذلك فالحديث عام فلزم أن يشملها . وهو رواية عن أحمد بن حنبل أيضاً (١) .

وبهذا نكون قد انتهينا من الكلام عن الكتاب الثالث الإستيلاء . على المال المباح الذي هو سبب من أسباب الملكية التامة .

(١) راجع منح الجليل ج ٤ ص ٢٤ ، الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٤٨

الكتاب الرابع

الشفعة

التقسيم الأول

الشفعة وأسبابها وشروطها

الفصل الأول

الشفعة ودليلها والشفيع

X ١١٤ - معنى الشفعة: إذا كان لك حصة في عقار فأنت شريك في نفس العقار . وإن كان العقار جميعه لك ولكنك تشترك مع آخرين في الشرب الخاص أو الممر الخاص أو المسيل الخاص فأنت شريك مع هؤلاء في مرافق العقار لأنه وإن لم يكن هناك شركة في نفس العقار فهناك شركة في حقوق الارتفاق المترتبة لعقارك أو عليه ، وإن لم يكن هناك شركة مرافق بينك وبين أحد من المجاورين لك ولا اتصال سوى ملاصقة عقارك بعقار الجار فأنت جار لهم وهم جيران لك بالملاصقة . فإذا بيع شيء من ذلك فالشريك على الشيوع في نفس العقار أحق الناس بشرائه ثم (١) الشريك في مرافق العقار أحق الناس بشرائه إذا لم يوجد شريك فيه ثم الجار الملاصق أحق الناس بشرائه عند عدم وجود أحد هؤلاء . فإذا باع المالك عقاره لغير الشريك أو لغير الجار كان من حق الشريك أو الجار أن يتملك ما يبيع ولو جبرا عن البائع والمشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف التي تكبدها المشتري فإذا فعل ذلك سمي المبيع مشفوعا فيه وهذا الشريك أو الجار شفيعا وما يملكه الشفيع شركة مع المبيع نفسه أو شركة معه في المرافق أو ملاصقاله يسمى مشفوعا به وكان الارتباط بين هؤلاء هو الشفعة التي هي سبب من أسباب الملكية التامة .

(١) على خلاف في هذا سيأتي تفصيله

تعريفها عند الاغوين X ١١٥ - تعريف الشفعة : الشفعة مأخوذة من الشفع وهو الزوج

ضد الوتر وهو الفرد لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شيء إلى شيء ومنه شفاعۃ النبي عليه السلام لبعض المذنبين فإنه يضمهم إلى العابدين وكذا الشفيع فإنه يضم المشفوع فيه إلى ملكه (١) يقال شفع الرجل شفعا إذا كان فردا فصار ثانيا (٢) ومنه لفظ الشفاعۃ وقد جاء ذلك في القرآن الكريم « له ما في السموات وما في الأرض من ذا الذي يشفع عنده إلا بإذنه » ، « من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها »

وعرفها فقهاء الشريعة بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن يمثله إن كان مثليا وقيمته وقت الشراء إن كان قيميا مع المصاريف ، وقال بعض الفقهاء (٣) الشفعة هي « تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه » ، وقيل : هي تملك المراء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار . وقيل « هي تملك العقار وما في حكمه جبرا على مشتريه بمثل ما قام عليه ويقول ابن قدامة (٤) ، هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه »

وعلى كل فهي حق اختياري للشفيع يستعمله إذا أراد من غير إكراه ولا تكون إلا في حالة نقل الملكية التامة فلا تكون الشفعة في شيء من حقوق الانتفاع الشخصي أو حقوق الارتفاق .

في القانون أما في القانون المصري . فقد نصت المادة ٩٣٥ من القانون المدني الجديد على أن « الشفعة هي رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال

(١) راجع المبسوط ج ١٤ ص ٩٠ وتكملة الفتح ج ٧ ص ٤٠٦

(٢) راجع رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهور بابن عابدين ج ٥ ص ١٤٩

(٣) راجع تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٠٦ والعناية عليه ، وراجع ابن عابدين ج ٥ ص ١٤٩

وشرح الكنتز للعيني ج ٢ ص ٢٣٧ وجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٢ والجوهرية على مختصر القدوري

ج ١ ص ٣٣٣ الدرر المحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ٢٠٨

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٨٤

وبالشروط المنصوص عليها ، وقد نص في المادة ٩٣٦ على أن حق الشفعة
يثبت للمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه كما أثبتت هذا
الحق أيضاً لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها إلى غير ذلك
ومنه ترى أن القانون جعلها في حقوق الانتفاع وفي حقوق الارتفاق أيضاً

الشفعة قبل
الإسلام

✱ ١١٦ - تاريخ تشريع الشفعة : تشريع الشفعة وإن كان يعرف بأنه
تشريع إسلامي إلا أنه كان العرب في الجاهلية يعرفون شيئاً عن
الشفعة فقد جاء في لسان العرب (١) ، كان الرجل في الجاهلية إذا أراد أن
يبيع منزله أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد
سببه ، وقد جاء في شرح مواهب الجليل للخطاب (٢) ، أن الرجل في الجاهلية
كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل أتاه جاره أو
شريكة فشفع له في أن يوليه إياه - أي يعطيه إياه بمثل ما أخذ - ليتصل
ملكه أو ليندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه ، وإذا سمي شفعة . ، وفوق ذلك
فقد جاءت الشرائع السابقة من النظم ما يشبه تشريع الشفعة وقد حدثنا
الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى في كتابه : شرح القانون المدني
الجديد (٣) بما يفيد أن الشريعة الموسوية والقانون الروماني والقانون الفرنسي
قد اشتملت على شيء من ذلك . ففي القانون الروماني أن مالك الأرض المستحكرة
له الأولوية على غيره في تملك حق الحكر عند بيع صاحبه له ، وأن القانون
الفرنسي يعطى الوارث حق استرداد ما يبيعه أحد الورثة من تركه مورثهم .

هل الشفعة
تشريع استثنائي

١١٧ - هل الشفعة تشريع استثنائي : الشفعة وإن جاءت على خلاف
الأصل في نظرية الفقه الإسلامي للعقود - التي هي الأساس في العقد رضا
المتعاقدين - لأن فيها تقييد لحرية التعاقد وحد من حق الملكية التامة . ألا

(١) ١٠ ص ٥٠

(٢) ٥ ص ٣١٠

(٣) ٣ ص ٢٤٨

تري أن الشفيع يتملك المبيع جبراً عن رغبة البائع . غير أن هذا الاستثناء قد جاء لأصل آخر في الإسلام وهو قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » وبذا نرى أن تشريع الشفعة جاء متمشياً مع روح الفقه الإسلامي وكان لهذا الاستثناء سنده من مصادر التشريع . وإليك ما يقوله صاحب سبل السلام ^(١) « قال أكثر الفقهاء إنها واردة على خلاف القياس لأنها تؤخذ كرها ولأن الأذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر ، وقيل خالفت هذا القياس ووافقت قياسات آخر يدفع فيها ضرر الغير بضرر الآخر ثم يؤخذ حقه كرها كببيع الحاكم عن المتمرد والمفلس ونحوهما ، ويقول السرخسي : ^(٢) « وزعم بعض أصحابنا أن القياس يأنى ثبوت حق الشفعة لأنه يتملك على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه ولذلك لا يجوز ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بالغير . . ثم يقول : « والأصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال إنه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن الرسول عليه السلام وعن أصحابه رضوان الله عليهم ،

١١٨ - دليل تشريع الشفعة : لم يرد في القرآن الذي هو المصدر الأول

دليل الشفعة

للتشريع الإسلامي ما يدل على شرعية الشفعة لكن قد سبق أن قلنا في القسم الثاني من الكتاب الأول إن السنة جاءت بمفسرة للقرآن ومكملة له ولذا فهي مصدر مستقل للتشريع ومثلنا هناك لذلك بالشفعة وخيار الشرط . فالشفعة إذاً أخذ دليلها من السنة كما أجمع الصحابة على مشروعيتها والعمل بها ولذا تجد أن صاحب المبسوط يقول إن الشفعة أصل في الشرع . وبذا نجد أن الشفعة قد دل عليها أولاً السنة ثانياً الإجماع وهما ما قد عرفت .

(١) ٣ ص ٩٦

(٢) المبسوط ١٤ ص ٩٠

الدليل الأول السنة: بينت السنة هذا الحق وما ثبت فيه من أموال فقود الكثير من الأحاديث في ذلك ويعيننا أن نلفت النظر إلى ما قلناه في عصر الصحابة من أن الصحابة إنما كانوا لا يفتون إلا إجابة لسؤال أو بياناً لمسألة وكانوا في فتوَاهم يقتصرون على الموضوع فقط المطلوب البيان فيه ^(١) ولذا تجد أنه قد روى في الشفعة أحاديث مختلفة أضف إلى هذا ما سبق قوله من أن الصحابة كانوا يتفاوتون في استيعاب السنة .

١ - فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخاري

٢ - وروى أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، رواه مسلم والنسائي .

٣ - وما روى أن رسول الله قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً رواه أحمد والترمذي وابن ماجه .

وما روى عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره ،

ثانياً — الإجماع : فقد وجد هذا التشريع واستمر العمل به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى الآن من غير أن ينكره أحد ^(٢) فهذا إجماع من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصور الأمة الإسلامية على شرعية الشفعة وفي هذا يقول ابن قدامة في كتابه المغني ^(٣) « قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض وحائط ، .

(١) ارجع إلى صفحة ٢٠

(٢) جاء في نيل الأوطار للشوكاني ٦ ص ٨٠ لم يختلف العلماء في مشروعية الشفعة إلا ما نقل عن أبي بكر الأصب

(٣) ٥ ص ٤٧٢

حكمة تشريع الشفعة X ١١٩ - مكرمة شرعية الشفعة : شرعت الشفعة لأن الحاجة داعية إليها

لما فيها من دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور في كل حصة فرزت ، ولمنع وقوع الضرر بين الشركاء والجيران بسبب الشركة أو الجوار . فقد لا تتفق طباع الشريك أو الجار مع المشتري - الشريك الجديد - في شركة ثابتة مستقرة وجوار دائم متصل من حيث (إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار ولا سيما إذا كان المشتري يضاده في الاخلاق والعادات) (١) وقد يضطر الشفيع مع هذا إلى أن يبيع هو الآخر عقاره وقد يكون في حاجة إليه أو استقر وعاش فيه فيبقى متضرراً بل وقد يكون فيها مصلحة للشفيع نفسه في ضم المبيع المشفوع فيه إلى ملكه ليكمل انتفاعه ويخرج من ضيقة ويرفع عن نفسه بشرائه ضرراً أحس به طوال الشركة سواء أكان منشأ الضرر ضيق في العقار الذي يملكه أو تجزئة ملكه الذي يرغب في توحيدهِ وتجميعهِ ، والضرر يجب أن يرفع ولهذا سنت الأحكام وشرعت الشرائع وليس هناك ضرر يعود على البائع فقد كان يقصد التخلص من عقاره ليحصل على الثمن الذي طلبه وقد توفر له هذا الغرض وألزم الشفيع بأن يأخذ المبيع بمثل الثمن وليس هناك ضرر بالمشتري أيضاً فإنه كان في غنى عن هذا المبيع قبل شرائه وفي إمكانه أن يشتري غيره ما دام قد وجد من هو أحق به منه . بل إن في تركه هذا المبيع وشرائه غيره أفضل له بكثير من أن يشارك ويجاور أناساً لا يرغبون في شركته وجواره . أما الشفيع فهو الذي سيتضرر من هذا الطارىء عليه (ولا ضرر ولا ضرار) لذا شرعت الشفعة ومع هذا فهي حق ضعيف كما يقول الفقهاء .

الشفيع

١٢٠ - من هو الشفيع: الشفيع هو كل من له حق طلب الشفعة ويطلب الشفيع

الشفعة فعلا في المبيع وكما يكون الشفيع مسلداً يصح أن يكون ذمياً سواء أكان يشفع في عقار يبيع لمسلم أم في عقار يبيع لذي إذ الشفعة أمر دينوي وحق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والمسلم وغير المسلم في ذلك سواء. ألا ترى أن المسلم يشتري من غير المسلم والعكس لا فرق في ذلك فالناس جميعاً أمام القانون الاسلامي سواء في معاملاتهم، ولا فرق أيضاً في هذا بين الذكر والأنثى ولا بين الحر والمملوك والصغير والكبير والمجنون والصبي كل هؤلاء سواء في طلب الشفعة فكل من يصح له أن يملك يصح له أن يشفع وقد روى السرخسي في كتابه المبسوط (١) (إن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شركة ولا قسم إلا الجوار فقال عليه السلام: الجار أحق بشفعته ما كان، والكلمة ما كان معنيان أحدهما أن المراد من كان فإن ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها وبذا يكون الحديث دليلاً على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي، وقد روى عن شريح رضي الله عنه أنه قضى بالشفعة لذي على مسلم فكتب إلى سيدنا عمر رضي الله عنه فأجازه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم يعترض منهم أحد فكان ذلك منهم إجماعاً على صحة ذلك القضاء. (٢)

١٢١ - هل إعراض الوصي عن طلب الشفعة صفيح الحق الصغير
غير أن ناقص الأهلية وفاقدتها يمثلها وصيه أو وليه فالصبي والمجنون ومن في حكمها ينوب عنهم في مباشرة حقهم في الشفعة من يعبر عنهم ويمثلهم. فإذا

حق الصغير
في الشفعة مع
إسقاط وليه

(١) ج ١٤ ص ٩٣

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٦ وفيها يقول أيضاً: وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتثبت للأذن والمكاتب ومعتق البعض والنساء والصبيان والمجانين وأهل البغى لأنه حق مبني على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم... وفي المفتي لابن القدامة كلام في هذه المسألة فارجع إليه ج ٥ ص ٣٥٧ وما بعدها.

كان لصبي حصة في دار مشتركة بينه وبين آخر فباع الشريك حصته لغير الصبي ولم يطلب الوصي الشفعة فيها بصفته وصياً على الصغير . فهل سقط حق الصبي في الشفعة ؟ فإذا بلغ لا يجوز له طلبها (١)

أبو حنيفة
وأبو يوسف

الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف : يسقطان حق الصبي ومن في حكمه باسقاط من يمثلهم لأن عبارة الوصي كعبارة الصبي ومن في حكمه فله الحق في أن يشتري للصغير وله الحق في أن يمتنع عن الشراء ، وما طلب الشفعة إلا شراء عقار ، وهو إنما يعمل لمصلحة الصبي ومن في حكمه . وما أسقط الشفعة إلا لأنه يرى أن المصلحة في تركها والولي أعلم بمافيه المصلحة فيفوض إليه الأمر . وعلى هذا فإذا سكنت الولي أو الوصي عن طلب الشفعة فلم يطلبها ولم يسقطها فيبطل حق الصغير ومن في حكمه عند الشيخين أيضاً .

محمد بن الحسن
وزفر

ويرى محمد بن الحسن وزفر . أن الوصي أو الولي لا يصح إسقاطهما الحق من في ولايتهم أو وصايتهم في الشفعة فإذا أسقطها أحدهم فعلاً فالصبي ومن في حكمه على شفيعته وله حق طلبها عند البلوغ واكتمال العقل . لأن الولي أو الوصي إنما ينوبان عن هؤلاء في أخذ الحق لا في تركه . فترك الشفعة أو إسقاطها لا يدخلان تحت ولايته . فحق الصبي ومن في حكمه في طلب الشفعة ثابت عند البلوغ واكتمال العقل عندهما سواء أكان من يمثلهم أسقط حقهم أم سكنت عن الطلب .

غير الأحناف

أما غير الأحناف : فيفرقون بين ما إذا كان ترك الشفعة لمصلحة الصبي ومن في حكمه أم لا فإن كان الترك لمصلحتهم لعدم وجود الثمن أو للانتفاع به في عمل أفضل أو لبيع المشفوع فيه بثمن أكثر من قيمته أو لارتفاع الأسعار في ذلك الحين أو لغير ذلك مما يكون ترك الطالب قد روعى فيه مصلحة الصغير فإن حق الصغير ومن في حكمه يسقط ، وإلا فإن كان ترك طلب الشفعة للتقصير والإهمال أو الإضرار فحق الصبي ومن في حكمه قائم وبعد فيحدثنا ابن قدامة

(١) المغني ٥ من ص ٣١٣ إلى ص ٣١٧ ، البدائع ج ٥ ص ١٦ وراجع الهداية ٤

ص ٣٢ وتكملة الفتح ٧ ص ٤٥١

عن الولي إذا أخذ للصغير بالشفعة وكانت لمصلحة الصغير فإن الملك يثبت للصغير ولا يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم ومنهم مالك والشافعي وأهل الرأي ومنهم الأحناف — فإن تركها الولي مع أن فيها مصلحة الصغير فللصبي الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم ، وإن كانت مصلحة الصغير في عدم أخذ الصبي المبيع بالشفعة لارتفاع ثمنه فليس للولي أن يأخذ بالشفعة لأنه لا يملك فعل ما لاحظ للصغير فيه فإن أخذ بالشفعة رغم ذلك فالشافعي ورواية عن أحمد أنه لا يصح ويكون العقار باقياً على ملك المشتري وفي الرواية الثانية يصح لأن المصلحة تختلف فقد تكون مصلحة الصغير ذلك الوقت في أخذه رغم ارتفاع السعر .

ولعل ما ذهب إليه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف هو المستحسن والأيسر على الناس في معاملاتهم، وفيه صيانة لحق المشتري وخصوصاً أن حق الشفعة جاء على خلاف الأصل فهو حق ضعيف .

الفصل الثاني

أسباب الشفعة

١٢٢ — الشفعة والمنقول: اختلف الفقهاء في السبب الذي تستحق به الشفعة

هل تثبت الشفعة
في المنقول

أو فيما تجوز فيه الشفعة أو فيما تثبت به الشفعة فالفقهاء جميعاً عدا الظاهرية ورواية عن مالك وأحمد بن حنبل^(١) — اتفقوا على أن الشفعة لا تجوز إلا في العقار وقالوا إن سبب الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع عند البيع . أما المنقول فلا شفعة فيه عندهم إلا بشرطين :

١ — أن يكون تابعاً للعقار ومن مستلزماته مثل البناء والشجر وآلات الري إلى غير ذلك مما هو من مستلزمات الأرض والبناء .

٢ — وأن يكون المنقول قد تم بيعه مع العقار في نفس العقد .

فإذا كان المنقول غير متصل بالعقار ولا من مستلزماته كالأمثلة والمفروشات والحيوانات والزرع^(٢) إلى غير ذلك أو كان متصلاً بالعقار ومن مستلزماته لكنه لم يدخل ضمن العقد الذي يبيع به العقار وإنما بيع استقلالاً فلا شفعة فيه عندهم . واستدلوا على هذا بقول النبي عليه السلام « لا شفعة إلا في ربع أو حائط ، والربع هو الدار والحائط البستان فقد نفى الحديث الشفعة في غير هذين وهما عقار يتصل به بناء وشجر وبذا تجوز الشفعة فيما اتصل بالعقار وبيع معه .

لكن الظاهرية قد توسعوا في تشريع الشفعة وأوجبوها في كل شيء .

(١) المغني ٥ ص ٢٨٩

(٢) أما إذا بيعت الأرض وبها زرع به ثمرة ظاهرة فعند أبي حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والخراس والشافعي يرى أنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ويرى الحنابلة أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة . . راجع

في هذا المغني ٥ ص ٢٨٧ ص ٢٨٨

شائع قابل للقسمة عقاراً كان أو منقولاً من أى نوع كان حيواناً أو طعاماً أو متاعاً . وقد جاء فى الرواية الأخرى عن أحمد بن حنبل أنه يجيز الشفعة فى كل هذا أيضاً . واستندوا إلى ما روى أن رسول الله قضى بالشفعة فى كل شئ . ويحدثنا ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين^(١) إن الإمام أحمد بن حنبل سئل عن الدابة من الحيوان تكون مشتركة بين اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه منها . هل فيها شفعة ؟ فقال : الشفعة فى هذا أو كد ، غير أن ابن حزم من الظاهرية وصل فى تقريره للشفعة والتوسع فى الأخذ بها إلى حد أنه يحرم على الشريك أن يبيع حصته الشائعة قبل عرضها على شريكه وجعل لهذا الشريك الحق فى إمضاء العقد أو الأخذ بالشفعة^(٢) وهو فى هذا يستند إلى ما روينا عن الرسول عليه السلام : كل شرك لم يقسم ربه أو حائطه لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه . . . هذا هو خلاصة ما يراه الفقهاء فى الشفعة بالنسبة للمنقول .

١٢٣ - الشفعة والعقار : أما فى العقار . فإن الفقهاء جميعاً متفقون على أن الشفعة الشفعة والعقار

تثبت فى العقار وأن سبب الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع عند البيع غير أنهم اختلفوا فيما يكون به الاتصال فأهل الرأى ، ومنهم الأحناف يفهمون الاتصال بمعنى أوسع مما يفهمه غيرهم لما ثبت عندهم من الأحاديث التى يؤيدها منطقهم ، بينما تأثر الآخرون بأن الشفعة تشريع استثنائى جاء على خلاف الأصل فحصرُوا الشفعة فى أضيق الحدود ولذا فقد أولوا بعض الأحاديث التى وردت محتملة التأويل . وإليك رأى كل فريق :

الأحناف : يتوسعون فى إثبات الشفعة فى العقار . فهم يثبتونها فيه سواء أكان المبيع جزءاً فى عقار مشترك يقبل القسمة أم لا يقبلها^(٣) كما يثبتونها

أسباب الشفعة
عند الأحناف

(١) ٢٥٠ ص

(٢) راجع المحل لابن حزم ٩ ص ٨٢

(٣) كل ما يتغير وجه الانتفاع به بعد القسمة عنه قبل القسمة اعتبر غير قابل للقسمة . راجع للمفتى ص ٥٥

إذا كان العقار المبيع غير مشترك مع الشفيع إلا في حق من حقوق الارتفاق بل توسعوا وأثبتوها للجار الملاصق سواء أكان جواراً رأسياً ، العلو على السفلى أم جانبياً فهم يرون إذا الاتصال في العقار المثبت للشفعة يتحقق بالشركة في نفس العقار أو ما في حكمه ^(١) سواء في ذلك ما يقبل القسمة وما لا يقبلها كما يتحقق بالشركة في مرافق العقار من شرب أو طريق أو مسيل كما يتحقق أيضاً بالجوار الملاصق واستدلوا بالآتي : -

دليلهم

١ - ما يقبل القسمة من العقار فهو محل اتفاق الفقهاء في ثبوت الشفعة فيه لأن القسمة تفضي إلى المجاورة وإلى تقويت بعض المنافع على المقتسم ، أما الذي لا يقبل القسمة كالرحا والعين والدور الصغار والبثروالحمام فالشفعة فيه ألزم . إذ الضرر فيه أكد ، لأن الشركة دائمة ، فضرره إن حدث يكون مستمراً ولا يمكن التخلص من مضارة الشريك بالمقاسمة لأن في قسمته تغييراً لمنفعته .

٢ - الآيات والأحاديث الواردة في إكرام الجار والعمل على راحته كثيرة وقد يكون في مجيء دخيل جديد يجاوره بجاورة دائمة ما يضره ويؤذيه فقد لا يتفق معه في الخلق وقد يعرف أنه لا يرعى حق الجار .

٣ - الحكم بالشفعة يثبت في الشركة لأنها تفضي إلى ضرر الجوار فإنهما إذا اقتسما العقار المشترك تجاوزا . فإذا ثبتت الشفعة فيما يخشى منه الجوار ، فثبوتها بسبب الجوار يكون أولى ، ويكون الجار أحق بها . فإما أن يقتر المشتري على جواره ، وإما أن ينتزع الملك منه بشمته .

٤ - ما روى « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار » ، والجار أحق من غيره ، وقالوا إن الخليط هو الشريك في مرافق العقار . وأخيراً فرقوا بين الجار بسبب الإجارة والجوار بسبب الملك فإن الأول جوار غير دائم ولا مستقر أما الثاني فجوار دائم مستقر . ولذا قالوا إن

(١) العلو على السفلى يأخذ حكم العقار عند الأحناف لما له من القرار والدوام

سبب الشفعة اتصال العقار المملوك للشفيع الخ . واستدلوا بكثير غير ما ذكر كما ناقشوا أدلة مخالفهم (١) .

غير الأحناف : وقال الشافعية والمالكية والحنابلة في إحدى روايتين
عنهما إن سبب استحقاق الشفعة هو اتصال الملك في العقار المشترك على
الشيوع (٢) . وخالفوا الأحناف في الأخذ بالشفعة بسبب الجوار وشركة
المرافق وفيما لا يقبل القسمة (٣) وفي العلو على السفلى لأنه ليس بقعار عند
الشافعي وأحمد فوق كونه غير مشترك على الشيوع . وعند مالك وإن كان
عقاراً إلا أنه غير مشترك واستدلوا في معارضاتهم للأحناف بالآتي : —

١ — إن العقار الذي يقبل القسمة تثبت فيه الشفعة للشريك مخافة القسمة
التي يترتب عليها تجزئة العقار وتقويت بعض منافعه . أما الذي لا يمكن
قسمة فلا يمكن تجزئته ، وتحقق بقاؤه كتلة واحدة فلا شفعة فيه لتحقيق
عدم الضرر الناتج عن احتمال القسمة .

٢ — الشفعة تشريع استثنائي جاء على خلاف الأصل فلا يتوسع فيه (٤) .

٣ — الضرر في الشركة على الشيوع في العقار محقق . لأن الشريك يحق
له مطالبة شريكه بالقسمة ، والحد من تصرفاته في ملكه بخلاف شركة المرافق ،
والجوار فلا يوجد ضرر لا تنفاه احتمال القسمة في العقار .

ولعلك تبذرت وجهات النظر المختلفة وما تدور حولها من قواعد ، وقد

(١) راجع البدائع ٥ ص ٤ ، ٥ ، ١٢ المبسوط ١٤ ص ٩١/٩٣ ، تكملة الفتح ٧ ص ٤٠٦/٤١٢ وغيرها من المراجع

(٢) راجع المفتي ٥ ص ٢٨٥ وما بعدها والشرح الصغير للرددير ٢ ص ٢٥١ ومدونة مالك ١٤ ص ١٣٨

(٣) والرواية الأخرى عن مالك وأحمد مجواز الشفعة فيما لا يقبل القسمة أيضاً من كل عقار مشترك كما روى عن أحمد أيضاً أنها تثبت بسبب الجوار بشرط أن يكون خليطاً راجع المفتي ٥ ص ٢٨٩ ومنح الجليل ٣ ص ٩٢ وفيه أيضاً أنهم أثبتوها في الأثمار المشتركة إذا بقيت أصولها بعد جنبها وإن بيعت مفردة عن أصولها

(٤) وقد عرفت ما قلناه قبل من أنها وإن خالفت قاعدة أساسية . إلا أنها جاءت لتحقيق قاعدة أخرى . ومع هذا فالأحناف لا يتوسعون وإنما أخذوا بما ثبت عندهم من السنة وقد أبدعوا منطقتهم .

سلك المشرع الوضعى مسلوكا فى تشريع الشفعة يمنح إلى التقييد منه إلى التوسعة ، وقد نقل الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه (١) أنه جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ، أنه استقر الرأى على بقاء حق الشفعة سبباً لكسب الملكية لعدة اعتبارات . على أن المشروع قد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها إذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه .

ثم نقد أستاذنا هذا التضييق ، وإنى إن وافقته على شيء منه فإنى لا أستطيع أن أستسيغ ما يترتب على كلام الأحناف من ثبوت الشفعة لجميع الشركاء فى حق من حقوق الاتفاق وتقديمهم على الجار الملاصق وسن فصل النقد فى موضعه . ولذا سنتكلم عن أسباب الشفعة بشيء من التفصيل .

١٢٤ - ركز فى نفس المقار : هذا السبب محل اتفاق بين جميع الفقهاء مادام العقار شائعاً وقابل للقسمة . فإذا كان عقار مشترك ، وباع أحد الشركاء حصته فإما أن يكون المشتري أحد الشركاء ، أولا : فإذا كان أحدهم وكان العقار شركة بين أربعة مثلاً . لواحد السدس ، وآخر الثلث ، ولكل من الآخرين الربع . فإذا باع صاحب الثلث حصته لواحد من الشركاء . نزاع منه ، ووزع المبيع عليهم جميعاً ، عدا البائع ، بما فيهم المشتري ، لأنه بشرائه لم يفقد استحقاقه كشريك ولا مساواته للشركاء فى سبب الاستحقاق ، ولا ينبغى أن يفضل باقى الشفعاء الذين من درجته لأنه اشترك معهم فى أصل السبب وهو الشركة هنا والاشتراك فى السبب يقتضى الاشتراك فى المسبب ولا ينبغى أن يكون سبقه إلى الشراء أو رغبة البائع فى أن يبيع له سبباً لتفضيله على باقى الشركاء ، وإلا لصح أن يتحقق هذا بالنسبة للمشتري الأجنبى (٢)

الشفعة با لشركة
فيما يقبل القسمة

(١) الأموال ونظرية العقد ص ٢٠٧

(٢) والقانون يخالف الفقه فى هذه الصورة لأن الفقرة الثالثة من المادة / ٩٣٧ تنص فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفعياً يقتضى نص المادة السابقة بأنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم طبقة أعلى ، وقد ظهر لك من أطيل نظرية رجال الفقه الإسلامى قوة حجتها وسلامة نظرتهم وبذلك نجد مبرراً لما اتجه إليه رجال التشريع الوضعى فى هذا

إلا إذا عرض المشتري أو أحد الشركاء فيوزع العقار المباع على من يطلبها ، وإن باع لمشتري ليس من الشركاء ، وطلبها الشركاء جميعاً استحقوها ، أو أحدهم استحقها . فتؤخذ الحصة المباعة من هذا المشتري بالثمن الذي دفعه والمصاريف الضرورية .

هذا إذا كان العقار مشتركاً وقابلاً للقسمة ويبيع جزء منه . أما إذا كان مشتركاً لكنه لا يقبل القسمة فإذا كانت عين بئر شركة بين اثنين أو أكثر وباع أحدهما حصته لغير الشريك فإن من حق الشريك أن يطلب الشفعة في المبيع وينفرد به إذا كان لا يوجد شريك آخر أو وجد ولم يطلبه ، وإلا فيقسم بينه وبين غيره من الشركاء ، وإذا باع لأحد الشركاء فكما قلنا سابقاً - وكل الفرق بين ما يقبل القسمة ، وما لا يقبلها أن الأول باتفاق الفقهاء ، والذي لا يقبل القسمة تجوز فيه عند الأحناف .

١٢٥ - تزامم الشفعاء وافتتروا أنصبتهم : بقى أن تسأل كيف يكون التوزيع بين الشركاء هنا إذا تزاحموا وطلبوا جميعاً الشفعة وقد تفاوتت أنصبتهم كما قلنا . فهل يكون التوزيع على أساس حصصهم فيأخذ كل منهم في العقار المبيع بنسبة ما يملكه . أى يوزع المبيع عليهم حسب سهامهم ؟ أم يوزع عليهم بالتساوى لا فرق بين صاحب السدس وصاحب الربع ؟ . قال الأحناف ووافقهم ابن حزم من الظاهرية ورواية عن أحمد ^(١) إن المبيع يوزع على عدد الرؤوس لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الشفعة على رؤوس الرجال » ، ولأنهم جميعاً من درجة واحدة فهم شركاء في العقار ، ولو انفرد واحد منهم بطلب الشفعة لاستحقها جميعاً مهما كان نصيبه . فإذا طالبوها جميعاً تساوا في التقسيم ماداموا قد تساوا في استحقاق المبيع جميعه عند الانفرد مهما كان النصيب المشفوع به ضئيلاً أو كبيراً .

غير الأحناف : - يرون توزيعه عليهم حسب الأنصبة في الشركة لأن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم . فالشفعة من مرافق الملك .

وتثبت لتكميل منافعه فكانت على قدر الأمل كالعلة والثمره حينما توزع على الشركاء فإنها تكون حسب السهام فكذا هنا (١) فالثلث المباع في مثالنا السابق يوزع على كل من صاحب السدس وصاحب الربع بنسبة حصصهم . فإذا افترضنا أن العقار جميعه ٢٤ سهماً لكان المباع ٨ أسهم (الثلث) فتوزع هذه الأسهم الثمانية على الأسهم الباقية وهي ١٦ سهماً فيخص كل سهم نصف سهم في المباع فصاحب السدس يأخذ من المباع سهمين التي نتجت من ضرب نصف سهم في أربعة أسهم التي هي حصته الأصلية . فيصير له ستة أسهم بدلا من أربعة والباقي بنفس الحسبة فيصير لكل منهما ٣ أسهم في المباع زائدا الستة الأسهم التي هي الربع نصيبه فتصبح حصة كل منهما ٩ أسهم بدلا من ستة ، فيكون التوزيع $6 + 9 + 9 = 24$ سهماً .

غير أن الأحناف : لا يرون هذا التعليل وجيهاً لأن القياس مع الفارق فالثمره في نماء الملك متولدة منه ، ولقد طال النقاش في كتب الفقه بين النظرتين (٢) . وعلى هذا فعند الأحناف ومن تابعهم الثلث المباع هنا يوزع أثلاثاً بالتساوي بين باقى الشركاء . لا فرق بين من له السدس ومن له الربع . وعند غيرهم حسب الأنصبة .

الأحناف

فالعبرة عند الأحناف ومن تابعهم بنفس السبب الذي تثبت به الشفعة وأصله لا بقدره فمن له شركة في العقار بمقدار قيراط فهو كالشريك الذي له النصف ، وكذلك عند الأحناف من كان جاراً من جانب واحد كالذى جواره من باقى الجهات ، والذي جواره بطول متر كالذى جواره بطول مائة متر . إذ العبرة عندهم بأصل السبب الذى يستحق به الشفعة إذا كان شركة في نفس العقار ، أو في مرافقه ، أو جواراً . فما دام الذين يطلبون الشفعة يشتركون في سبب واحد من هذه الأسباب فهم سواء في طلب الشفعة

وجه استدلال الأحناف

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٣٥

(٢) راجع البدائم ، ح ٥ ص ٥ رد المحتار على الدر المختار ح ٥ ص ٢٥١ ، تكملة الفتح ح ٧ ص ١٤٤ وراجع المحلى والمغنى في الموضوعين السابقين وراجع مدونة مالك ح ١٤ ص ١٠٧

ولا ينظر إلى مقدار نصيبهم . لأنه كما قلنا ، لو انفرد أحدهم بطلب الشفعة لاستحق جميع المبيع مهما كانت حصته ولأن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالملك المبيع من غير نظر إلى مقدار الاتصال . فسبب الاستحقاق إذاً أصل الشركة لا قدرها ، وقد استوى الشركاء في هذا الأصل ، ولأن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل وضرره ، والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل المبيع بالشفعة ، ولا يمكن تمييز أحدهم عن الآخر وإعطاؤه كل المبيع وحرمان الآخرين لتساويهم في سبب الاستحقاق ، ويستحيل عقلاً أن يأخذ كل منهم العقار جميعه في وقت واحد . فلزم التوزيع بين الشركاء الذين يطلبون الشفعة في القدر المبيع بالتساوي بينهم ويقول السرخسي : « ألا ترى لو أن أحد المدعين أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما . ولو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة ، وجرحه آخر عدة جراحات . فمات الرجل من ذلك . استويا في حكم ذلك القتل . وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرتها (١) . »

أما غير الأحناف : فالعبرة عندهم بمقدار النصيب كما قلنا ، ولا يتأتى غير الأحناف عندهم أن يكون الشفعاء من درجات مختلفة ، لأن استحقاق الشفعة عندهم بسبب شركة فلا يكونون عند التزامهم إلا شركاء في نفس العقار كما بينا من قبل .

أما القانون فقد جاء في المادة ٩٣٧ الفقرة الثانية « وإذا تزامن الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه ، » وبذا تجد القانون يتفق مع غير الأحناف من رجال الفقه الإسلامي ، ويرى التوزيع على السهام لا على الرسوم كما يرى الأحناف .

١٢٦ - الشركة في حقوق العقار المبيع ومرافقه : الذين يثبتون الشفعة في الشفعة بالاشتراك في المرافق الخاصة

(١) وبفهم من العبارة أن موت الجريح كان بسبب كل هذه الجراحات راجع في الموضوع المبسوط للسرخسي ج ١ ص ٩٧ ، ٩٨ وخصوصاً في مناقشة الدليل .

هذا النوع هم الأحناف من أهل الرأي، ويقصدون بحقوق العقار التي تثبت بها الشفعة . الشركة في حق الشرب الخاص ، أو الشركة في الطريق الخاص وقيل أو في المسيل الخاص . وتكلموا كثيراً فيما يعتبر (١) شرباً خاصاً . أو مسيلاً خاصاً . هل هو ما يحصى عدد الشركاء فيه بعشرة وقيل إلى خمسمائة ، ولكن الصحيح أن يترك تقدير هذا للعرف . فما يتعارف الناس على أنه خاص فهو خاص وإلا فهو عام . أما الطريق الخاص فقالوا : إنه هو الذي لأصحابه حق منع الناس من المرور فيه وارتياحه إلا بإذن منهم سواء أكان نافذاً أم لا .

فإذا اقتسم الشركاء عقارهم وأصبح نصيب كل منهم محددًا ، فإنهم بهذا يصيرون جيراناً ، وإذا كان هذا العقار مستقلاً وبينه وبين غيره من العقارات حق ارتفاق في شرب أو طريق خاص بأن جعلوا في تقسيمهم شيئاً من هذه الحقوق لبعض الأقسام على الأخرى . اعتبروا بذلك شركاء في حقوق العقار ومرافقه فوق كونهم جيراناً واستحقوا الشفعة في المبيع باعتبارهم شركاء في الشرب أو الطريق أو المسيل عند من يرى الشفعة بسببه . كل هذا عند الأحناف . يستوى في ذلك جميع الشركاء في حق الشرب القريب والبعيد والمقابل له والذي في الجانب الذي هو فيه كما يستوى في ذلك جميع الشركاء في الطريق الخاص إن كان هو سبب استحقاق الشفعة . هكذا يرى الأحناف (٢) ، ولنا في هذا الموضوع كلام نذكره بعد . يقول صاحب البدائع : « وأهل السكة يستوون في حق طلب الشفعة الملاصق وغير الملاصق ، لأنهم كلهم خلطاء في الطريق ، وكذا في الشرب . وقال محمد بن الحسن : أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكهم لوجود الشركة فيه ، وإلا فلا . أخص به من غيرهم . وإن كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فإن كانت السكة مملوكة لهم فهي في حكم غير النافذة . »

الشرب
الطريق . المسيل

(١) راجع البدائع ح ٥ ص ٩ ، نكلمة الفتح ح ٧ ص ٤١٣ ، ٤١٤ ، ابن عابدين ح ٥ ص ١٥٢

(٢) البدائع ح ٥ ص ٨ ، ابن عابدين ح ٥ ص ١٥٢ ، نكلمة الفتح ح ٨ ص ٣١٤

الشفعة بسبب
الجوار

١٢٧ - الجوار سبب لا يستحق الشفعة : عرفت بما سبق أن الأحناف يرون الجوار الملاصق في العقار المملوك من أسباب الأخذ بالشفعة . والملاصقة تتحقق بأى قدر كان يستوى الجار الملاصق بطول متر واحد مع الملاصق من الجهة الأخرى بطول مائة متر ، ويستوى الجار من جانب واحد مع الجار من عدة جوانب ، إذ العبرة كما قالوا بأصل السبب لا بقدره ، وبفسر الاتصال لا بطوله .

يتحقق الجوار
بتلاصق الملك

ويقول ابن عابدين : والجار من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فكلاهما سواء في طلب الشفعة . ويقول الكاساني : السبب أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل (١) . أما لو كان الجار مقابلاً أو يوجد بينه وبين المبيع عقار فاصل لآخر ، صغر أم كبر فلا نعتبره (٢) جاراً ، لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلاً بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك ، كما أن حق الشفعة يثبت للجار ليتمكن الشفيع من توسعة ملكه ومرافقه ، وهذا يتحقق في الجار الملاصق لإمكان جعل العقارين عقاراً واحداً ، ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل أحد العقارين من مرافق الآخر لوجود الشرب أو الطريق بينهما . وفي هذا يقول السرخسي (٣) : المقصود بالشفعة بسبب الجوار دفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام ، ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير ، لأن جواره ليس بمستديم . ولهذا لا يثبت في المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال

(١) ابن عابدين ح ٥ ص ١٥٣ ، البدائع ح ٥ ص ٥

(٢) وقد جاء في الهداية ح ٤ ص ١٩ الجار الملاصق هو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى ، ويقول ابن عابدين ح ٥ ص ١٥٣ ثم لجار ملاصق بابه في سكة أخرى وظهر داره لظهر الدار المبيعة . فلو بابه في تلك السكة فهو خليط

(٣) المبسوط ح ١٤ ص ٩٣/٩٦

أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه ، والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ، وعن جوار البعض لسوء خلقه ، وأيضا ثبت حق الشفعة للجار الملاصق ليرفق به من حيث توسع الملك والمرافق ولذا لا يثبت للجار المقابل ، .

١٢٨ العلو على السفلى : والأحناف يعتبرون العلو على السفلى في حكم العقار كما سبق فإذا اختلف مالكما اعتبر كل طابق منهما مجاوراً للآخر وكان حكمه حكم الجوار الجانبي تماماً فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به الشفعة عندما ما يستحق الجار الأخذ بالشفعة يقول صاحب البدائع^(١) : « القياس أن لا شفعة لصاحب السفلى في العلو ، وفي الاستحسان تجب . وجه القياس أن شرائط وجوب الشفعة أن يكون المبيع عقاراً . والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر المنقولات . ووجه الإستحسان أن العلو في معنى العقار لأن البناء على السفلى حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبهه العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقاً بالعقار فيعطى حكمه ، ويقول : « فإن لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لأنه جاره وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفلى لأنهما جاران ، ولو باع صاحب السفلى سفله كان صاحب العلو شقيقاً لأنه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين ، »

هذا ما قاله الأحناف في الشفعة بسبب الجوار غير أن أهل البصرة وهم من أهل الرأي أيضاً — لا يتوسعون في إثبات الشفعة للجار إلى هذا الحد وإنما قيدوها بأن يكون الجار شريكاً في مرفق خاص كأن يكون الجار شريكاً في عمر أو غيره^(٢) وقالوا إن مرواه ابن جابر عن رسول الله صلى عليه وسلم

رأى أهل
البصرة

(١) ح ٥ ص ١٠

(٢) راجع أعلام الموقعين ح ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها

صريح في هذا الجار أحق بصقبة^(١) ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً . وما روى : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فإنه قد أثبت الشفعة بالجوار إذا كان الطريق متحداً ونفى الشفعة بالجوار في غير ذلك .

١٢٩ - مناقشة أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي: (٢) قد استعرضنا لك مذاهب الفقهاء فيها ومع كل دليله ، وعندى أن مذهب إليه أهل البصرة من أن الجار يستحق الشفعة إذا كان شريكاً في المرافق فيه تضيق على حق الجار ، ولنا مع الأحناف مناقشة فيما ذهبوا إليه في جعلهم حق الشفعة لكل الشركاء في الشرب الخاص أو الطريق الخاص يستوى في ذلك الملاصق والمقابل والقريب والبعيد كما تقدم بيانه . عبارات الفقهاء تفيد أن الشركاء يقتسمون المبيع فيما بينهم بالتساوى عند تراحم الشفعاء فكيف يتصور ذلك مع تصور الحكمة التي من أجلها شرعت الشفعة وهي رفع الضرر أو دفعه فإذا تصورنا قطعة أرض على شرب خاص يشترك معها في هذا الشرب عشرون قطعة أخرى فإذا ما بيعت هذه القطعة حق لكل هؤلاء طلب الشفعة يستوون فيها جميعاً وتقسم بينهم ! فأى مصلحة في هذا وسيترب عليه تجزئة الملكية وتفتيتها ؟ بل وقد يترتب

نقد مذهب
الأحناف

(١) سبل السلام ٣ ص ٩٩ وجاء في المصباح سبقه بالسين وقال الجار أحق بصقبة أى بقربه هذا وقد وردت بالسين وبالصاد في كتب الحديث والفقه ويقصد به القرب بمعنى الجار بسبب قربه أحق بالشفعة . المغنى ٥ ص ٢٨٥

(٢) ونصت المادة ٩٣٦ على أنه يثبت الحق في الشفعة ١ - لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه - للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها د - لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة ه - للجار المالك في الأحوال الآتية ١ - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى ٢ - إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة ٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل وبهذا تعرف مدى الخلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في أسباب الشفعة ولعل القانون الجديد كان يهدف إلى ما فيه المصلحة .

عليه الإضرار بالجار الملاصق وما يقال في الأرض يقال في البناء الواقع على طريق خاص، ولو قالوا بثبوتها أولاً للخليط إذا كان جاراً لكان أوفق ومع هذا فالأحاديث التي رويت تحتل، التأويل، ويترتب على هذا تحقيق قاعدة أصلية وهي لا ضرر ولا ضرار ولا يتضرر المشتري ولا البائع ولا باقى الشركاء في المرفق الخاص ولا الجار الملاصق بينما فيما ذهبوا إليه يقع الضرر على الجار قطعاً ويتصور هذا بوضوح في صورة العلو الذى بابه في طريق خاص بالنسبة لصاحب السفلى فعلى قاعدتهم ثبت لكل الشركاء في الطريق الخاص حق الشفعة مع صاحب السفلى إن كان يشترك معهم في الطريق وإلا فليس له معهم شفعة إطلاقاً حسب ما سنده في مراتب الشفعاء .

وعلى كل فهذا ما أراه بالنسبة لما يقوله الأحناف في الشفعة بسبب الاختلاط في المرافق من أن المبيع يوزع عليهم جميعاً عند النزاحم ولعل عبارة ابن قدامة في المغنى ٥ ص ٢٨٥ ، وقال أبو حنيفة : فإن كان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب ، لعل هذا يفيد أن الجار إذا كان شريكاً في شرب أو طريق خاص يقدم على من يليه فإذا لم يطلب استحقها من يليه من أهل الشرب أو الطريق . لكن ما قاله الأحناف في كتبهم من أن المبيع يقسم بين الشفعاء إذا تساوا في السبب وقولهم إن العبرة بقوة السبب لا بتعددده كما سيأتى يجعل المسألة محل نظر .

هذه هي أسباب الشفعة كما يراها الفقهاء فتراهم قد أطلقوا ثبوت الحق عند توفر السبب . لا فرق في ذلك بين أن يكون المشتري أحد الشركاء كما سبق بيانه أو أن يكون من أصول البائع أو فروعه أو أحد الزوجين أو الأقارب والأصهار ولا أن يكون المشتري فرداً أو جماعة قصد بالشراء انتفاعه الشخصى أو استغلاله أو تخصيصه لعمل خيرى إلى غير ذلك . لأن العلة التي من أجلها شرعت الشفعة موجودة مع كل هؤلاء وقصد بها رفع الضرر عن الشفيع .

وعندى أن الفقهاء لو فرقوا بين شخص المشتري كما لو فرقوا بين الغرض الذى من أجله يملك المشتري العقار المشفوع فيه لكان أعدل وأوفق ولكان متمشياً مع مصلحة الناس خصوصاً وأن الشفعة جاءت على خلاف الأصل فى حرية المالك فى أن يتصرف فى ملكه كيف شاء . ولذا فإن من الانصاف أن نقول إن القانون سلك مسلكاً حسناً حينما نص فى المادة / ٩٣٩ الفقرتين الثانية والثالثة ، لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية وإذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة . .

وقد ~~حدث الله~~ عند ما وجدت رأياً لفقهاء الأباضية يمنع الشفعة فيما يبيعه الوالد لولده أو الابن لأبيه ، أو يبيعه أحد الزوجين للآخر : لاتصال المنافع بين المتبايعين فى هذه الحالة واحتمال تأثير ذلك فى الثمن المحدد للعقار . ومنهم من يرى أن الشفعة تثبت ويأخذ الشفيع بقيمة العقار لا بالثمن لاحتلال المحاباة فيه ويدفع الفرق للمشتري لأنه هو الذى قصد بالمحاباة . أو يدفع للبائع إلى غير ذلك ^(١) أما ما اتخذ محلاً للعبادة فسيأتى الكلام عنه بعد .

١٣٠ -- مراتب الشفعاء : لكن إذا اجتمع لاستحقاق الشفعة فى مبيع واحد الشفعاء من مراتب مختلفة أكثر من سبب ، وتعدد الشفعاء وكان لبعضهم أكثر من سبب يثبت له الشفعة والآخر ليس له سوى سبب واحد فإذا كان المباع جزءاً من عقار مشترك ، وكان يقع على شرب خاص وطريق خاص ومسيل خاص له عليهم حق ارتفاق وفى نفس الوقت له جيران ملاصقيون . وتقدم الجميع وطالبوا بالشفعة فمن الذى يستحقها ؟

لا شك فى أن الفقهاء جميعاً اتفقوا على جواز الشفعة بالنسبة للشركاء فى نفس العقار الذى يبيع جزء منه كما قلنا لقوة سببهم إذ هم شركاء فى كل جزئية من أجزاء العقار جميعه . فلهم أن يقاسموه فى كل جزئية فى العقار . فضررهم

(١) شرح النيل ج ٥ ص ٦٥٧ وقد هدانا إلى الرجوع لهذا المصدر ومعرفة هذا رأى بحث قيم فى الشفعة لأستاذنا الشيخ على الحقيف نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٢ ص ٤٦١ . ويقول فضيلته أنه لم يتر على قول لقيه فيما إذا اتخذ العقار مسجداً ولعل ما جاء فى المبسوط ج ١٤ ص ١١٢ / ١١٤ ما روى عن أبى حنيفة من أنه ليس للشفيع أن يشفع فيما يبيع واتخذ مسجداً لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد وهو مذهب الحسن . الله بشير إلى مانعت عليه المادة

من يبعه أكثر من غيرهم وحاجتهم إليه أشد . ولذا انفرد الشريك باستحقاق الشفعة عند غير الأحناف وكان هو صاحب السبب الأقوى وله المرتبة الأولى فيقدم على غيره عند الأحناف والمشارك في حائط الدار يعتبر شريكا في نفس العقار إذا كان شريكا في الأرض التي عليها الحائط ويقدم على الشركاء في المرافق والجيران لأن الشركة قد تحققت ولو في القدر اليسير .

ثم الشريك
في حائط الدار

أما إذا لم يطلب الشركاء في العقار الشفعة أو أسقطوا حقهم فيها أو كان المبيع مفرزاً محددًا لا شركة فيه وطلب الشفعة الآخرون ، فغير الأحناف لا يثبتون لهم حقاً فيها كما قلنا ، والأحناف (١) يقدمون بعد الشركاء في العقار نفسه الشركاء في أرض الحائط المشترك ثم الشركاء في مرافقه ، وقالوا إن الاشتراك قد تحقق وتداخل الملك وهو وإن لم يكن في نفس العقار المبيع فإنه في منافعه الضرورية التي تمكن من تحقيق الغاية من تملكه والانتفاع به .

ثم الشريك في
المرافق

والشريك في الشرب الخاص مقدم عند الأحناف على من دونه وقالوا لأن حاجة الناس إلى الماء أشد وأكثر إذ حياة الأرض والإنسان بوفرة الماء ثم يليه في المرتبة الشريك في الطريق الخاص ، وهو مقدم على من دونه في استحقاق الشفعة . وقالوا : لأن الحاجة إليه شديدة إذ من غيره لا يصل إلى عقاره ولا ينتفع به ، ثم الشريك في المسيل الخاص بعد ذلك فهو مقدم على الجار على الراجح عند الأحناف للحاجة إلى مجرى لتصرف المياه الغير صالحة وتوصيلها للمجرى العام ، فحاجة العقار إلى مسيل خاص كحاجته إلى شرب خاص يأخذ من الشرب العام . وكحاجته إلى طريق خاص يوصله إلى الطريق العام ، وإن كانت حاجة العقار إلى المسيل أقل ضرورة من حاجته إلى الشرب والطريق إلا أن الحاجة إليه قائمة . وأخيراً الجار الملاصق فهو أدناهم مرتبة لعدم اشتراكه في شيء من العقار أو من مستلزماته ومنافعه ، ويستحق الأخذ بالشفعة لأن مخافة الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه ينشأ من سوء الجوار كما ينشأ من مؤنة القسمة .

يقدم الشريك في
الشرب ثم الشريك
في الطريق ثم
الشريك في المسيل

ثم الجار الملاصق

(١) البدائع ج ٥ ص ٨ / ١٣ ، المفتى ج ٥ ص ٢٨٥ ، ابن عابدين ج ٥ ص ١٥٢ / ١٥٣

تكملة الفتح ج ٧ ص ٤١٢ / ٤١٤ ، المبسوط ج ١٤ ص ٩٤ / ٩٧ ، ١٣٢ .

وقد أخذ الأحناف هذا الترتيب من الحديث الذي صح عندهم «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»، ويقول صاحب الهداية في الفقه الحنفي (١) «إن الشريك هو الشريك في نفس العقار، والخليط هو الشريك في حقوق العقار لأنه مخالف لغيره في هذه المرافق، والشفيع هو الجار، هذا هو استدلال الأحناف على ما ذهبوا إليه من ترتيب بين هؤلاء الشفعاء، وقد سبق أن استدلووا به أيضا على جواز الشفعة بسببها.

كما تقدم نعرف أنه إذا اجتمع أكثر من شفيع واحد فإن كانوا من مرتبة واحدة كالشركاء مثلا قسم المبيع عليهم بالتساوي. أما إذا اختلفت درجاتهم فإن صاحب السبب الأقوى هو الذي ينفرد بالاستحقاق دون من هم أقل منه فإن استوفى حقه وأخذ المبيع بمفرده أو هو ومن يشاركه في نفس السبب. لم يكن شيء للآخرين الذين دونه في السبب، وإن أسلم وترك حقه فيها أو لم يطلب انتقل الحق إلى من يليه في الدرجة مادام قد طلب الشفعة واحتفظ بحقه وهكذا.

رأى أبي يوسف
أن الأقوى يحجب
غيره مطلقا

١٣١ - أبو يوسف يحجب الأدنى بالأقوى مطلقا:

روى عن أبي يوسف (٢) أنه يرى مع وجود صاحب السبب الأقوى فلا يثبت حق الشفعة لأي شخص آخر أقل منه مرتبة سواء في ذلك ما إذا كان صاحب السبب الأقوى قد تمسك بحقه وطالب بالشفعة أم أسقط حقه وذلك لأنه يحجبهم بوجوده وبشئ حقه في الشفعة وشبه ذلك بالأثر فإن وجود الابن مثلا يحجب الأخوة سواء استوفى حقه في الميراث أم لا. وعلى هذا لو كانت دار مشتركة بين اثنين باع أحدهما حصته ولم يطلب الشريك المبيع بالشفعة بل أسقط حقه وأسلم فيه فليس للخطاء إن كان على مرفق خاص أو ليس للجار إن كان على مرفق عام حق في الشفعة بناء على هذا.

لكن كتب ظاهر الرواية تجعل الترتيب كما قدمنا فالشريك مقدم وحق الجار ثابت مع وجود الشريك لتقرر السبب في حقه إلا أن حق الشريك

(١) ج ٤ ص ١٨.

(٢) المبسوط ج ١٤ ص ٩٦.

مقدم لقوته فأذ أسلم كان للجار أن يستوفي حقه . كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فإنه إذا استحق دينهم وأسقطوه بالأبراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لأن سبب استحقاقهم ثابت . ولهذا قلنا ينبغي للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع رغم وجود الشريك وطلبه . (١)

فإذا اجتمع لشخص سبب واحد واجتمع لآخر عدة أسباب . بأن كان العقار المباع على شرب خاص من ناحية . وعلى طريق خاص من ناحية أخرى استحق الشفعة جميع الشركاء في الشرب من غير نظر إلى شيء آخر لا اشتراكهم في السبب الأقوى فلا ينظر إلى ما يليه من أسباب . فيستوى في هذا الشركاء في الشرب الملاصقون للعقار أو المقابلون في الحافة الأخرى مع أن الملاصقين له يعتبرون جيرانا وقد يكون لهم معه طريق خاص فوق كونهم جيرانا ومع هذا فلا امتياز لهم عنه إذ العبرة بقوة السبب لا بكثرتة وتعددده ، والاشتراك في الشرب سبب أقوى كما بينا . فلا عبرة بباقي الأسباب لأنها لا عمل لها مع وجود السبب الأقوى .

العبرة بقوة السبب
لا بتعددده

وبالتالي إذا كان للعقار المبيع شريك في الشرب الخاص فقط ، وله آخر جار ملاصق وشريك في الطريق الخاص من الجهة الأخرى ، وشريك في المسيل أيضا . لكن لا توجد له حقوق ارتفاق على هذا الشرب . فإن الشريك في الشرب فقط مقدم على الآخر رغم تعدد الأسباب بالنسبة له . إذ العبرة بقوة السبب لا بتعددده . فصاحب السبب الأقوى أحق بالمبيع كله يستقل به إن كان واحدا ويشترك مع غيره فيه إن كانوا أكثر — وهكذا إذا كان العقار المبيع له شريك في الشرب فقط وآخر شريك في الطريق فقط ، قدم الأول ، وبهذا الترتيب يعمل .

(١) المبسوط للرخسى ١٤ ص ٩٦ ، نكالة الفتح ٧ ص ٤١٣ .

الفصل الثالث

شروط الشفعة

١٣٢ - ما يَسْتَرُطُ تَحْقُوقُ الشَّفْعَةِ : بما سبق علمنا أن سبب استحقاق الشفعة شروط الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع وقت البيع فنستطيع أن نأخذ من هذا أن للشفعة شروطاً هي :

١ - أن يكون المشفوع فيه عقاراً ٢ - المشفوع به عقاراً ٣ - أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بمعرض مالي خروجاً نهائياً ٤ - أن يبقى المشفوع به في ملك صاحبه حتى تَمَّ الشفعة ٥ - ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إعراضه عن الشفعة .

١٣٣ - أنه يكون المشفوع فيه عقاراً :

المشفوع فيه عقار

العقار عند غير المالكية : ما لا يمكن نقله وتحويله وهو الأرض . وألحق به الأحناف العلو على السفلى فأعطوه حكم العقار وأثبتوا فيه الشفعة أما العقار عند مالك فقلنا إنه يشمل الأرض والبناء والشجر وأما المنقول فلا تجوز الشفعة فيه استقلالاً إلا عند الظاهرية ورواية عن أحمد ورواية عن مالك في المنقول الذي اتصل بالأرض ولو مدة . أما العقار الذي لا يقبل القسمة فسبق أن قلنا إن الأحناف يثبتون الشفعة فيه بخلاف غيرهم فإنهم يمنعون الشفعة فيه وقلنا إن سبب استحقاق الشفعة عند غير الأحناف . الشركة الشائعة في نفس العقار . فالشفعة عندهم لا تثبت إلا في حصة شائعة في عقار . أما عند الأحناف فسيبها الشركة في نفس العقار أو مرافقه أو الجوار الملاصق فيشمل عندهم ما إذا كان المبيع داراً مفرزة ، أو جزءاً منها شائعاً ، ويشمل الضيعة والدار والبئر ، واتفق الجميع على أن المنقول إذا كان تابعاً للعقار وبيع معه فإنه تثبت فيه الشفعة تبعاً للعقار لا أصلاً وبناء على هذا .

العقار الذي تجوز فيه الشفعة

١ - لا تثبت الشفعة في المنقول مطلقا إلا إذا كان تابعا للعقار ، ويبيع معه سواء كان متصلا به كالبناء والشجر والنخل والزرع أم كان متصلا بما هو متصل به كالثمر على الشجر وأسلاك النور الكهربائي ومواسير المياه بالنسبة للبناء أم كان من لوازم العقار كآلات الزراعة بالنسبة للأرض ومفاتيح الأبواب بالنسبة للدور . وعند الظاهرية وروايه عن أحمد بن حنبل أن الشفعة تجوز في كل شيء مشترك يقبل القسمة .

٢ - العلو على السفلى يأخذ حكم العقار ^(١) عند الأحناف فتثبت فيه الشفعة إذا بيع كما تثبت به الشفعة إذا بيع السفلى أو بيع عقار بجواره وينطبق عليه كل ما قيل في مراتب الشفعاء ويأخذ كل منهما حكم الجار الملاصق تماما فيفضل عليه الشريك في نفس العلو إن كان المبيع من العلو أو الشريك في نفس السفلى إن كان المبيع منه ثم الشريك في الممر الخاص إن وجد . وأخيرا أحدهما بالنسبة للآخر ومع هذا فيشاركه في هذا كل الجيران الملاصقين لأنهم في درجته وإليك هذه الصور .

العلو على السفلى
في حكم العقار

١٣٤ - بعض صور العلو على السفلى ومن الشفعة :

(١) دار يملك سفلها محمد ويملك العلو علي ولكن لهما مدخل وممر واحد مشترك بينهما يتفرع من طريق خاص أو عام فإذا باع أحدهما طابقه لأجنبي كان للآخر حق الشفعة منفردا لأنه يعتبر شريكا مع الآخر في الممر الخاص سواء في ذلك إذا كانت الدار تقع على طريق عام أم تقع على طريق خاص . لأن الممر خاص بالطابقين فقط . والأخص يقدم على الأعم ^(٢) . ومن هذا ما قالوه ^(٣) لو تشعبت من سكة غير نافذة سكة أخرى غير نافذة فيعت دار في هذه السكة الأخيرة فالشفعة لأهل هذه السكة المتشعبة

حق الشفعة لكل
من العلو والسفل
عند التزاحم

(١) المبسوط - ١٤ ص ١٣٢

(٢) راجع الفتاوى الهندية - ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، وحاشية الشلبي على الزيلعي .

- ٥ ص ٢٤٠ وما بعدها ، والبدائع - ٥ ص ٩ .

(٣) تكملة الفتح - ٧ ص ٤١٤ .

خاصة لأن خلطة أهل هذه السكة أخص من خلطة أهل السكة العليا المتشعب منها . بخلاف العكس فإذا بيعت دار في السكة المتشعب منها فإن الشفعة تثبت للجميع إذ خلطتهم في السكة العليا سواء .

(ب) ولو كان سفلى مشترك بين محمد وعلي وعليه علو مشترك بين محمد هذا وأحمد ثم باع محمد نصيبه في العلو والسفل معاً لأجنبي كان لعلي حق الشفعة فيما بيع من السفلى ولأحمد حق الشفعة فيما بيع من العلو لأنه شريك فيه والشريك مقدم على غيره لأنه يشاركه في نفس البقعة .

(ح) دار من طابقين السفلى يملكه محمد والعلو يملكه علي وكان طريق العلو على ممر خاص مشترك بينه وبين دار أخرى يملكها حسن ، فإذا باع علي العلو لأجنبي فإن حسن أحق بالشفعة من محمد صاحب السفلى لأن علي وحسن يشتركان في مرفق خاص وهو الطريق ، بينما اتصاله بمحمد هو الجوار فقط . فإذا أسقط حسن حقه في الشفعة استحقها محمد بمفرده إذا لم يكن للعلو جار ملاصق له وإلا فبالسوية بينه وبين من يكون ملاصقاً للعلو .

(د) دار من ثلاثة طوابق يملك السفلى محمد والوسط علي والآخر حسن فإذا باع علي طابقه الأوسط فالشفعة لمن يشاركه في المدخل فإن كانوا جميعاً يشتركون في مدخل خاص بهم فالشفعة بينهما بالتساوي .

(هـ) دار من طابقين يملك أحدهما محمد والآخر علي وكل منهما يفتح في طريق خاص مشترك مع آخرين فإذا باع أحدهما طابقه فالشفعة لشركائه في الطريق الخاص دون صاحب الطابق الثاني لأنهم شركاء في الطريق الخاص وهو جار فقط .

١٣٥ — مناقشة تطبيعية لأحكام هنا: ولعلك من هذا ترى أن صاحب أحد

مناقشة رأى
الأحناف في هذا

الطابقين في دار واحدة قد يتساوى مع الغير في حق الشفعة في الطابق الآخر بل وقد يحرم من هذا الحق . ولعلك معي في أن صاحب أحد الطابقين يكون أكثر تضرراً من الخلطاء ومن الجيران الجانبيين . وأن الشفعة التي شرعت لرفع

الضرر تسبب على هذا لصاحب السفلى أو صاحب العلو ضرراً أكبر وأكثر !
وعندى أنه لو قيل إن صاحب السفلى وصاحب العلو فى بناء واحد
يعتبر كل منهما صاحب حق ارتفاق بالنسبة للآخر حتى وإن كان المدخل
مختلفاً لكان أعدل وأرفق بالناس وكان متمشياً مع حكمة مشروعية الشفعة .
ألا ترى أن عرش (سقف) الطابق الأول متعلق به حق صاحب العلو واعتبر
أرضاً له وأن جدران الطابق الأول متعلق بها حق صاحب العلو واعتبرت
كأساس لجدرانه ، وغير ذلك فإن ملك صاحب السفلى بهذا يكون ملكاً
ناقصاً فلا يستطيع هدم بنائه أو التغيير منه تغييراً يؤثر على العلو إلا بإذن من
صاحبه ، وكذلك فإن صاحب العلو قد تعلق بعلوه حق لصاحب السفلى أن
يقيه حرارة الشمس وهطول المطر .. فكيف مع هذا يعتبره الفقهاء
بمجرد جار فقط بل ويفضلون عليه شركاء الطابق الآخر فى الطريق الخاص
القاصى منهم والدانى !

فهل هذا لأنهم قالوا إن حقوق الارتفاق التى تثبت بها الشفعة هى الاشتراك
فى الشرب أو الطريق الخاص فقط والمسيل عند البعض ولم لا يكون حق
التعلي من حقوق الارتفاق المثبتة للشفعة أو ليس هو من الحقوق العينية التى
سبق أن تكلمنا عليها ، وما دام الأحناف قد أعطوه حكم العقار لما له من حق
الدوام والاستقرار بقاء البناء أم تهدم (١) وما دام هذا الحق دائماً مستقراً ، فلم
لا يكون حق ارتفاق يثبت الشفعة لصاحبه عند عدم وجود شريك فى نفس
المبيع . ولا شك أن حاجة كل من صاحب السفلى وصاحب العلو من التخلص
من الآخر وتملك عقاره أشد بكثير من حاجة غيره من الشركاء فى الطريق
أو الجيران كى يكمل له ملكه وتم حرته فى بنائه ينقص منه ما يشاء ويزيد
عليه ما يريد من غير معارضة أحد . ولذا فعندى أن الموضوع يجب أن

(١) أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران العلو بمفرده عقاراً لأنه بناء صرف والعقار هو فقط الأرض
ولا يميزان به الشفعة ولا فيه لأنه منقول . أما مالك فإنه وإن اعتبره عقاراً كقاعده إلا أنه
لا يثبت الشفعة إلا بسبب الشركة فقط .

يكون محل نظر وإلا لكانت الشفعة سبباً في زيادة الضرر هنا لا في رفعه وهو حق ارتفاق يجب أن يقدم هنا على غيره لأنه ارتفاق فيما هو أخص ولا شك أن هذا أخص من الطريق الخاص والمسيل الخاص وغيره والقاعدة أن الأخص يقدم على الأعم .

١٣٦ — هل تثبت الشفعة لمصاحب من التعلّى رغم انهزام العلو : حق الشفعة بعد انهزام العلو ما سبق هو ما قاله فقهاء الأحناف، وما رأيت به بالنسبة للعلو القائم فعلا مع السفلى . أما إذا زال العلو بأن تهدم مثلاً فقد قلنا إن حق صاحبه في إعادته قائم لكن إذا باع صاحب السفلى سفله وكان العلو غير قائم فعلاً وإنما لصاحبه فقط حق التعلّى وهو مجرد حق . فهل يثبت حق الشفعة له رغم عدم وجود بنائه الذى يشفع به؟ تروى كتب الفقه الحنفى خلافاً بين أبى يوسف ومحمد في هذه المسألة (١) ومنشأ الخلاف هو اختلافهم في الأصل الذى تثبت به الشفعة لصاحب العلو فأبو يوسف يرى أنه الاتصال بالبناء نفسه ، ويرى محمد أنه حق القرار والدوام وبناء على هذا : قال محمد بن الحسن إن حق الشفعة لصاحب حق العلو سواء أكان البناء ، قائماً أم تهدم لأن البناء وإن بطل فالحق قائم وهو حق متعلق بالبقعة على سبيل التأييد فهو بمنزلة البقعة نفسها ، وقال أبو يوسف ليس له حق الشفعة بعد زوال البناء لأن الشفعة إنما تجب بسبب الشركة في العقار أو مرافقه أو الجوار وبعد انهزام البناء انتفت كل هذه الأسباب وقاس ذلك على ما هو متفق عليه من أنه إذا باع شخص علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع من غير خلاف هذا وقد رجح الفقهاء رأى محمد . وبذا يكون سبب الشفعة هو مجرد حق التعلّى الذى هو من حقوق الارتفاق وفي هذا ما يؤيد ما ذهبنا إليه من قبل .

رأى محمد

رأى أبى يوسف

(١) راجع في هذا الزيلعى ج ٥ ص ٢٥٢ ، الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٤ وراجع أيضاً

للبدائع ج ٥ ص ١٣ غير أن عبارة البدائع جاءت محرقة فنسبت قول كل منهما للآخر .

لاشفعة في
الحكر ولا به

١٣٧ — **الأطمار والشفعة**: وما دمتنا قد تكلمنا عن حق صاحب العلو في الشفعة قائماً أم متهدماً فلا بد لنا أن نتناول البناء على الأرض المحكر لوجه الشبه في الموضوعين فالأرض فيهما مالكةا غير مالك البناء أو صاحب العلو وكلاهما له حق ثابت على الأرض غاية الأمر أن الحق هنا غير دائم وإنما تحددت مدته في العقد والحق هناك دائم بقي البناء أم تهدم، والعلو يملك لصاحبه فلا يدفع لصاحب السفلى أجراً لكن المحتكر يدفع لصاحب الأرض أجراً. وعلى هذا لو بنى شخص داراً على أرض حكرها (١) ثم أثناء مدة التحكير باع صاحب الأرض أرضه للغير أو باع صاحب البناء بناءه للغير فهل يثبت لكل منهما حق الشفعة فيما باعه الآخر؟ الفقهاء جميعاً متفقون على أن الشفعة لا تثبت هنا لأحدهما على الآخر. وهم إن اتفقوا على الحكم فتد اختلافوا في تعليقه. فالشافعي وأحمد لا يثبتان الشفعة لأن البناء منقول والمنقول لا شفعة فيه عندهم فلا يأخذون بالشفعة هنا كما رفضوها بالنسبة للعلو فلا فرق عندهما فيهما. لكن الأحناف (٢) لا يثبتون الشفعة هنا رغم إجازتها عندهم لصاحب حق التعلو لأن البناء منقول لاعتقار والشفعة لا تكون في المنقول استقلالاً ولم يعطوا البناء على المحكر حكم العقار كما في العلو على السفلى لأن حق المحتكر مؤقت غير دائم ولأن حقه يقبل الزوال بامتناعه عن دفع الأجر لكن الإمام مالك وإن كان البناء عنده عقاراً لكن الشفعة لا تثبت إلا بسبب الشركة في العقار فقط وليس هذا شركة شائعة أما إذا كان البناء مشتركاً بين اثنين وباع أحدهما حصته في البناء جاز للآخر أن يشفع فيه لأنه شريك ولأن البناء نفسه عقار عند مالك (٣)

(١) الحكر أو الاحتكار لغة الحبس يقال احتكر فلان الطعام إذا احتبسه لوقت الغلاء وشرعاً: عقد إجارة يقصد به إستبقاء الأرض مقررة للبناء والقراس أو لأحدهما. راجع الفتاوى الحيرية ج ١ ص ١٨٨.

(٢) راجع المبسوط ج ١ ص ١٣٠، ١٣٢. غير أن منهم من يرى أن يعطيه حكم العلو على السفلى.

(٣) بلغة المالك على الشرح الصغير للدرديري ج ٢ ص ٢٥١.

١٣٨ — أنه يكون المشفوع به عقاراً : وما دام سبب استحقاق الشفعة

المشفوع به عقاراً

الشركة في العقار أو في مرافقه أو الجوار . فكان لا بد إذا أن يكون المشفوع به عقاراً لأنه إذا كان بالسبب الأول . فهو سيكون حتماً من نوع المشفوع فيه وهو كما قلنا من قبل عقار ، وإن كان بالسبب الثاني فحقوق العقار التي تثبت بها الشفعة . هي حقوق مقررة لعقار على عقار آخر كما قلنا في حقوق الارتفاق ، وإن كان بالسبب الثالث وهو الجوار فالجوار بالمنقول غير دائم وضرره غير مستمر ومع هذا فقلنا إن سبب استحقاق الشفعة اتصال العقار المملوك للشفيع .

فإذا استأجر شخص قطعة أرض أعدت للبناء وبني عليها داراً ثم باع صاحب الأرض القطعة لآخر . فليس لصاحب البناء حق الشفعة . لأن البناء ليس بعقار عند الأحناف ، ولأن الشفعة لا تكون إلا بسبب الشركة في العقار المباع . عند مالك . وكذلك لو باع صاحب البناء بناءه لنفس السبب عند الجميع حتى عند الظاهرية الذين يقولون بالشفعة في كل شيء لم يقسم منقولاً كان أم عقاراً . لأنهم يرون الشفعة بسبب الشركة فقط .

إذا بيع السفل في دار يملك علوه آخر . فإن العلو يشفع في السفل لأنه في حكم العقار . وقد تكلمنا عليه في الشرط الأول .

١٣٩ — خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه نهائياً بعوضه مالي^(١)

— ٣ —
خروج المشفوع
فيه نهائياً
بعوض مالي

هذا الشرط نجده يتناول ثلاث نواحي يجب تحققها كي تثبت الشفعة أولاً — خروج العقار من ملك صاحبه نهائياً . ثانياً — أن يكون خروجه بعوض . ثالثاً أن يكون العوض الذي قابل العين مالياً . وسنتكلم عنها بشيء من التفصيل .

(١) راجع المغني ٥ ص ٤٦٧ وما بعدها في البدائع ٥ ص ١٠ وما بعدها . بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ . الزيلعي ٥ ص ٢٥٣

١٤٠ - أولا - أنه يخرج العقار من ملكه نهائياً

اشتراط خيار
الشرط للبائع

لا بد لثبوت الشفعة أن يكون البيع باتاً بالنسبة للبائع ليس فيه ما يجعل البائع في حل من الرجوع فيه فإذا كان له حق فسخ العقد فلا حق للشفيع في طلب الشفعة طالما هذا الحق قائم فإذا اشترط البائع لنفسه خيار الشرط (١) فلا شفعة لاحتمال أن يفسخ العقد فإذا انتهت مدة الخيار أو أجاز العقد أصبح العقد بالنسبة له نهائياً واعتبرت العين خارجة من ملكه خروجاً نهائياً .
فيثبت للشفيع حق الشفعة ويجب عليه أن يطلب الشفعة عند سقوط الخيار لأن البيع لم يصر نهائياً وسيباً لإفادة الملك إلا في هذا الوقت ويرى البعض أنه يجب أن يطلبها عند البيع متى علم به فإذا لم يطلب وانتظر حتى تمضي مدة الخيار سقط حقه .

اشتراط الخيار
للمشتري

أما إذا كان خيار الشرط قد نص على ثبوته للمشتري فقط عند التعاقد فإن هذا لا يمنع حق الشفيع في الشفعة إذ البيع بالنسبة للبائع نهائي لا يملك العدول عنه لأنه حتى إذا فسخ المشتري العقد فإن الفسخ يكون من غير إرادة من طرف البائع وقالوا (٢) لو ادعى محمد أنه باع داره من علي فأنكر علي أنه اشتراها وجبت الشفعة لاعترافه بخروج العين من ملكه من غير توقف على دخولها في ملك الآخر .

اشتراط الخيار
لها

أما إذا كان الخيار لهما معاً - البائع والمشتري - فلا تجب الشفعة أيضاً لوجود حق البائع في الفسخ وعدم خروج المبيع عن ملكه وإليك ما يقوله صاحب البدائع في هذا (٣) ، لا تجب الشفعة في البيع بشرط خيار البائع لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لأنه تبين أن المبيع قد زال عن ملكه من حين وجود البيع . ولو كان الخيار

(١) خيار الشرط هو : أن يشترط في العقد أن يكون لأحد المتعاقدين أو لهما أو لغيرهما الحق

في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة راجع في الموضوع المبسوط ص ١٤٢ وما بعدها .

(٢) حاشية شلى على الزبيدي ص ٥٤ ص ٢٥٤

(٣) البدائع ص ٥ ص ١٣ . انزيل على ص ٥٤ ص ٢٥٤

للمشتري تجب الشفعة لأن خياره لا يمنع زوال الملك . ويتفرع على ما تقدم أنه لو بيعت دار وكان لأحدهما خيار شرط ، وفي مدة الخيار وقبل البت فيه بيعت الدار المجاورة لها فحق الشفعة لمن له الخيار ويعتبر بهذا قد أسقط حقه في الخيار . وإن كان الخيار لهما فإن طلب البائع الشفعة صح . وكان ذلك فسخاً للعقد وأما المشتري فليس له ذلك مادام للبائع حق الفسخ ، ويروى ابن قدامة أنه لا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه مطلقاً (١) .

اشتراطه للشفيع
من جانب البائع

١٤١ — اشتراط خيار الشرط للشفيع: وهذا إما أن يكون من جانب البائع أو من جانب المشتري . وقد يختلف الحكم فيهما فالخيار للشفيع من جانب البائع . مسقط لحق الشفعين بمجرد قبوله أن يكون له الخيار لأنه إذا أمضى العقد فقد تم البيع برضاء الشفعين وخرج من ملك البائع بمعرفة الشفعين نفسه إلى المشتري وهذا دليل الرضا بالعقد . وإن فسخ العقد فلا شفعة إذ أن العين لا تزال على ملك صاحبها لا تنفك البيع . أما إذا رفض أن ينوب عن البائع في هذا وبقى حتى يتم العقد نهائياً من جانب البائع فحقه ثابت في الشفعة . ولعل الفقهاء يرون مثل هذا للتحايل على إسقاط حق الشفعين في الشفعة ولكن مع هذا يمكن أن يحتال الشفعين بعد قبوله الإجابة عن البائع في خيار الشرط يقول الكاساني في المصدر السابق : والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يحجز حتى يحجز البائع أو يجوز العقد بمضى المدة فتكون له الشفعة .

الخيار للشفيع من
جانب المشتري

وإذا كان الخيار للشفيع من جانب المشتري فلا يسقط حقه في الشفعة بمجرد القبول ، ولكن إذا أجاز العقد صراحة سقط حقه إذ يعتبر بذلك (٢) راضياً وإلا بقي حق الشفعة رفض أم مضت المدة أم أجاز المشتري نفسه أم رفض لأن العين قد خرجت من ملك صاحبها خروجا نهائياً ولا يتوقف

(١) المغنى ٥ ص ٢٩٤ .

(٢) عبارة الزيلعي في الصفحة المذكورة: لأن اشتراط الخيار للشفيع كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة ، وهي بإطلاقها تفيد أن الشفعة تجب حتى لو أجاز الشفعين البيع ولكن أرى أن إجازته الصريحة بمثابة الرضاء بالمشتري وهو من مسقطات الشفعة .

وجوب الشفعة له على دخولها في ملك المشتري ويكون هنا موقف الشفيع
كما في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري نفسه .

خروج العقار
بغير عوض

١٤٢ — ثانياً: يخرج من ملك صاحبه بعوضه : وعقود المعاوضات تشمل
البيع وما في حكمه - كالهبة بعوض مع تمام القبض ، والصلح عن مال - لأن
تملك العقار بالشفعة يكون نظير عوض يتساوى مع ما قبل به من مال
عند خروجه من ملك صاحبه . لأن الشفيع إنما يملك العقار المشفوع فيه
على المأخوذ منه بمثل ما ملك فإذا خرج العقار من ملك صاحبه بغير عوض
فلا شفعة لأنه إذا خرج العقار من ملك صاحبه خروجا باتا بغير عوض .
مثل ما إذا تصدق إنسان بعقار أو أهده أو وقفه ، أو خرج من ملكه إلى ملك ورثته
بوفاته . فلا يثبت للشفيع أى حق في الشفعة مطلقاً . لأن العقار لم يخرج من
ملك صاحبه نظير عوض يمكن أن يدفعه الشفيع ، ولا يمكن (١) أن يقال
إن الشفيع يملك بمثل ما تملك به الآخر لأن عقود التبرعات لا يلزم المتبرع
التبرع بها لشخص بعينه إذ المتبرع حر في اختيار من يتبرع له ولا يمكن إرغامه
أن يتبرع لشخص معين لأنه عمل لم يقره الشرع ولا سبيل إلى القول بأن
الشفيع إنما يأخذه بالقيمة لأن الممتلك للعقار الموهوب له ، أو المتصدق
عليه به . لم يملكه بالقيمة والشفيع إنما يملك بمثل ما تملك به الآخر ، وشيء
آخر لو أجازوا الشفعة هنا لأحجم الكثير عن فعل الخير ، وقد جاء في
الفتاوى الهندية (٢) فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب
بأهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه
بما تملك هو ، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة
أو مجاناً ولا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملك بالقيمة ولا إلى الثاني
لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع .

(١) البدائع ج ٥ ص ١١

(٢) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٠

والقانون المادة — ٩٣٥ منه تجعل الشفعة لا تجب إلا فيما إذا كان المأخوذ منه قد تملك المشفوع فيه بمقتضى عقد بيع ونصها : الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري .

١٤٣ — **الشفعة فيما يوقف** (١) : على أساس أن الشفعة لا تثبت بخروج العقار من ملك صاحبه بغير عوض فلا شفعة في الموقوف لأنه وإن كان عقاراً قابلاً للقسمة وخرج من ملك صاحبه خروجا نهائياً عند إيقافه لكنه بغير عوض لأن الواقف لم يأخذ عوضاً من أحد نظير ما وقفه — فلو أراد إنسان أن يقف داراً على أولاده ومن بعدهم على جهات الخير وعند تمام عقد الوقف تقدم جاره وطالب بالشفعة فلا حق له لأن العقار خرج من ملك صاحبه بغير عوض ، ولو اشترك اثنان في دار . فوقف أحدهما حصته . فليس للآخر أن يطلب الشفعة فيها لأنها خرجت من ملك شريكه بغير عوض — وسنذكر بعد . أن الوقف لا يشفع به أيضاً — لكن إذا بيع هذا الموقوف لمسوغ شرعى . ثبتت الشفعة فيه إذ قد خرج عن كونه وقفاً .

١٤٤ — **الشفعة والهبة** (٢) : وإذا وهب شخص لآخر حصته في دار ولم يشترط عوضاً في عقد الهبة ثم جاء بعد ذلك الموهوب له من تلقاء نفسه وقدم للواهب سيارة هبة منه أو أرضاً أو داراً أخرى فلا شفعة في شيء مما وهبه الأول ؛ ولا مما قدمه الثاني — الموهوب له — للواهب الأول ، لأن العقار وقت خروجه من ملك صاحبه خرج من غير عوض ، ولم يشترط عوضاً في عقد هبته ، وكذا الهبة الثانية فهي حينما أخرجها صاحبها من ملكه

(١) الوقف حبس العين عن أن يملكها أحد من العباد ، والتصدق بمنفعاتها ابتداءً وانتهاءً أو انتهاء فقط وعند الأحناف . وبداً وفي بعض المذاهب يصح أن يكون مؤقتاً . وقد جعله القانون مؤقتاً بالنسبة لغير الخيري ثم ألغى الوقف الأهلي نهائياً . راجع ابن عابدين - ص ١٤٧

(٢) الهبة : تملك المال للعال بغير عوض

لم يكن ملزماً بهبتها ، ولم تخرج بعوض ، وأخيراً لا تثبت الشفعة في غير عقود المعاوضات إتفاقاً . غير أن الكاساني وابن قدامة^(١) يرويان عن مالك رضي الله عنه في رواية أخرى أن فيه الشفعة لأنها تثبت لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان . . .

١٤٥ - الشفعة والميراث: (٢) وكذا لو مات المورث عن عقار في تركته فبموته خرج العقار خروجاً نهائياً لكن بغير عوض فقد انتقلت الشركة كلها للمورث إذ الوارث خليفة عن المورث فلا يصح هنا للشريك أو الجار أن يتقدم بطلب الشفعة لعدم وجود معاوضة . وكذلك عند القسمة أيضاً لا تجب الشفعة فإذا اقتسم الشريكان العقار فلا شفعة لأحد .

١٤٦ - الشفعة والقسمة: - ولا تجب الشفعة في القسمة وإن كان فيها معنى المعاوضة لأنها ليست بمعاوضة محضة بل فيها معنى الأفراس والتمييز الأتري أنه يجري فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة وكذلك الصلح عن دم العمد نظير دار لا يوجب الشفعة فيها . (٣)

ثالثاً : أن يخرج بعوض هو مال : كما في عقود المعاوضات كالبيع فإن العقار فيه خرج من ملك صاحبه خروجاً نهائياً بعوض هو مال فإن الشفعة تثبت فيه لا محالة .

١٤٧ الشفعة والهبة بشرط العوض: إذا وهب إنسان لآخر عقاراً واشترط عليه في عقد الهبة مبلغ كذا . وقبل الآخر ؛ وتم القبض فعلاً . أخذ هذا حكم البيع ، ويصح فيه الشفعة . لأن الهبة مع اشتراط العوض وتتمام قبض الموهوب والعوض . تأخذ حكم الهبة عند الابتداء لكن عند الانتهاء تأخذ

(١) البدائع ج ٦ ص ١١ ، المغني ج ٥ ص ٢٩١ ويراجع أيضاً المبسوط ج ١٤ ص ١٥٨

(٢) الميراث . هو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له في حياته من أموال أو حقوق تتعلق بها ، وما عليه من واجبات مالية في حدود تركته .

(٣) البدائع ج ٥ ص ١١ ، ١٢

حكم البيع . وخالف في ذلك زفر والشافعي . واكتفيا — لاعتبار الهبة مع اشتراط العوض عقد معاوضة — بتام الإيجاب والقبول فقط لأنها تعتبر بيعاً من البدء . وعلى هذا فلو تمت الهبة مع اشتراط العوض تثبت الشفعة بمجرد صدور الإيجاب والقبول عند زفر والشافعي ؛ ولا تثبت إلا بعد تمام القبض عند الإمام وصاحبيه . (١)

١٤٨ — والصلح عن مال: وكذلك إذا ادعى شخص على آخر أن له في ذمته مبلغ ألف جنيه وعند نظر الدعوى صالحه المدعى عليه وأعطاه منزلاً يملكه نظير ما يدعيه . وقبل الآخر وخرج العقار من ملك صاحبه خروجا نهائياً . فهو عقد بيع لا محالة وإن العقار خرج من ملك المدعى عليه نظير عوض مالي وهو المبلغ المدعى به سواء في ذلك ما إذا تم الصلح بعد أن أقر المدعى عليه بمشغولية ذمته بالمبلغ أم أنكر أم سكت . لأننا ثبت الشفعة مؤاخذه للمدعى بعقيدته فظاهر دعواه أنه اشترى المنزل بالمبلغ الذي كان يدعيه (٢)

١٤٩ — والصلح عنه عقار : أما إذا كانت الدعوى عكس السابقة وكان المدعى الصلح عن عقار يدعى أن العقار الذي تحت يد المدعى عليه ملكه هو ، وقد استولى عليه بغير حق . فهنا موضوع النزاع . العقار نفسه . فجاء المدعى عليه أثناء نظر الدعوى وتصلح مع المدعى على أن يدفع له مبلغ كذا نظير دعواه فقبل المدعى ذلك وتم الأمر . فإن كان هذا الصلح بعد أن أقر المدعى عليه للمدعى بصحة دعواه فالشفعة تثبت في هذا العقار لأن المدعى عليه أقر بأنه ملك المدعى واستبقاه لنفسه نظير ما دفع صلحاً فهو بيع لا محالة ، أما إذا كان الصلح لم يسبق بإقرار من المدعى عليه . وإنما تم رغم إنكار المدعى عليه لهذا الإدعاء ، أو سكوته وعدم إجابته بشيء عن موضوع الدعوى . فلا تثبت الشفعة هنا . لأن العقار في يد صاحبه كما هو . وبالصلح استقرت ملكيته وخلت من المنازعة ، وما دفع

هذا المبلغ الذي تصالح عليه مع المدعى باعتباره عوضاً عن العقار لأن إنكاره وعدم إجابته على الدعوى ليس فيهما اعتراف بصدق دعوى المدعى بل في عدم إقراره بالدعوى ما يفيد أنه دفع ما دفع ليتجنب النزاع والمخاصمة (١). ففي البيع ، والهبة بشرط العوض ، والصالح عن مال ، والصالح عن عقار بعد إقرار بالدعوى . تثبت الشفعة على الوجه المتقدم والشفيع يأخذ العقار بمثل ذلك العوض إن كان مثلياً أو قيمة العوض إن كان قيمياً . فإن كان بيعاً ، أو هبة بعوض ، أو صلحاً عن عقار مع الإقرار وكان العوض في كل هذا قيمياً أخذ الشفيع العقار بقيمة هذا العوض فإن كان العوض عقاراً بأن اشترى داراً وأعطى له عوضاً عنها عشرة أفدنة ، أو وهبه داراً نظير عشرة أفدنة وهكذا فإن الشفعة تثبت في البيع والعوض أى تثبت في الدار والأفدنة وشفيع الدار يملكها بقيمة الأفدنة ؛ وشفيع الأفدنة يملكها بقيمة الدار (٢) .

١٥٠ - أما إذا فُرج العقار من ملكه بعوضه ليس مالاً : بأن كان العوض أجر عمل أو منفعة . فلا تثبت فيه الشفعة عند الأحناف لأن المنافع والحقوق ليست بأموال ولكن الشفعة تثبت فيه عند مالك والشافعي . لأن المنافع والحقوق أموال عندهم كما قلنا من قبل . أما أحمد بن حنبل فهو مع الأحناف . يقول ابن قدامة (٣) في كتابه المغني إن ما انتقل بعوض غير المال لاشفعة فيه نحو أن يجعل الشخص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لاشفعة فيه .

خروج العقار من ملكه بعوض ليس مالاً

١٥١ - يتفرع من هذا :

إذا تزوج شخص امرأة وجعل مهرها حصته في دار مشتركة بينه وبين آخر ؟ - امرأة أرادت الطلاق من زوجها فخالعتة على أن تدفع له حصتها في الدار نظير الطلاق ؟ - قتل إنسان آخر . فجاء ولي الدم وصالح القاتل

أمثلة العوض إذا كان منفعة أو حقاً أو أجراً

(١) البدائع ج ٥ ص ١١ وراجع المغني ص ٢٩١ وما بعدها

(٢) المبسوط ج ١٤ ص ١٢٨

(٣) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٩٢ .

على أن يأخذ منه حصته في الدار المشتركة نظير الدم ؟ . عاج طيب مريضا ،
فقدم له أجر العلاج حصته في الدار المشتركة ؟ . — منهم وكل عنه محاميا
للدفاع عنه فحكم لصالح المتهم فقدم للمحامي حصته في الدار المشتركة بدل أجره ؟
استغل شخص ضيعة آخر وعند مطالبته بغلة الأرض أعطى لصاحب الضيعة
حصته في الدار المشتركة ؟ . — إلى غير ذلك من الأمثلة والحالات . فهل
تثبت الشفعة للشركاء في الدار فيأخذون هذه الحصة بحق الشفعة ؟

الأحناف ومعهم أحمد بن حنبل^(١) . لا يثبتون الشفعة فيها لأن العوض
ليس بمال والشفيع إنما يملك العقار المشفوع فيه بما قام على مملكته من
ثمن وموثة ولا يمكن للشفيع هنا أن يدفع العوض .
مالك والشافعي^(٢) . يثبتان الشفعة فيها جميعا لأن العوض قد تحقق .
والمنافع تعتبر أموالا عندهم ، وللشفيع أن يأخذ العقار ويدفع القيمة . لكن
أى قيمة يدفعها ؟ هل قيمة الحصة أم قيمة العوض ؟

يقول الشافعي قيمة العوض أى مهر المثل في الزواج والخلع ، وما يقدر
للقيل من دية ، أو بأجر المثل إن كان عملا أو منفعة . لأن العوض هو
الذى قام مقام الثمن والشفيع إنما يملك المشفوع فيه بما تملك به المشتري
من ثمن .

ويقول مالك . إنه يدفع قيمة العقار نفسه لقيمة العوض . لأنه هو
السييل إلى أخذ الشيء . بقدره وقيمه وقد يكون العوض مبالغا فيه فربما يكون
مهر المثل مائة جنيه ولكنه أكرمها وأعطاهما حصة تساوى ضعف ذلك .
وهكذا . وأرى أن هذا أعدل بالنسبة لمن يرى المنافع والحقوق

(١) البدائع ج ٥ ص ١٢ ، المغنى ج ٥ ص ٢٩٢ ، كشف القناع ج ٢ ص ٣٧٧ ، الزيلعي

ج ٥ ص ٢٥٣ .

هذا وقد جاء بكتاب مرشد الخيران للمرحوم قدرى (باشا) ص ٢٦ المادة (١٠٨) لا شفعة
في ملك بهية بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية ولا في عقار ملك يبدل ليس بمال

(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٩١ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٥٣

أموالاً.. وفي هذا يقول ابن قدامة : القسم الثاني ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد وهذا لاشفعة فيه عند أهل الرأي وهو ظاهر كلام الخرقى . وروى عن مالك والشافعى بأن فيه الشفعة . ثم اختلفا بماذا يأخذه .

فمالك ومن معه على أنه يأخذه بقيمته لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة والشافعى ومن معه على أنه يأخذه بمهر المرأة لأنه ملك الشقص بيد ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة — ولنا أنه يملك بغير مال فأشبه الموهوب والموروث ولأنه يتمتع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك ، وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها .. الخ .

٢٥٢ — بقاء المشفوع به في ملك صاحبه متى تمام الشفعة :

يلزم الكلام هنا عن ناحيتين ١ — ملك الشفيع لما يشفع به . فلا تثبت الشفعة للجار سكناً أو استجاراً لا تنفأ الملك ولأن الضرر غير دائم وفي هذا يقول الكاسانى (١) : ومنها ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة لأن سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة ، ولا بدار باعها قبل الشراء ، ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً .

٢ — بقاء الملك حتى يدخل المبيع في ملك الشفيع وذلك ليتحقق الاتصال وقت البيع ، وإلا فلو باع الشفيع عقاره قبل أن يباع العقار المشفوع فيه لسقط حقه لعدم وجود ملكية له وقت البيع ، وكانت الشفعة لمن حل مكانه وإذا باع عقاره بعد بيع العقار (٢) المشفوع فيه وقبل أن يملكه بالشفعة

— ٤ —
بقاء المشفوع به
في ملكه حتى
تتم الشفعة

سقط حقه أيضا لأنه لو باع قبل تملكه فكيف يملك المشفوع فيه بواسطة بعد أن أصبح الشفيع غير مالك لما يشفع به وقت طلبه الحكم له — فلا حق له لأن الملكية في الشفعة تثبت بالقضاء أو الرضاء — ولم يكن في هذه الحالة لمن اشترى منه حق الشفعة لأنه وقت البيع لم يكن مالكا للعقار المشفوع به .

والعلة في اشتراط بقاء ملكه للمشفوع به حتى يملك المشفوع فيه واضحة إذ الشفعة شرعت لدفع الضرر المتوقع حدوثه من اللاجيء ، وهو بيعه أصبح لا صلة له ولا جوار لهذا المشتري فمن أى شيء يخاف ، أو ما الذى ينبغي توسعته ، وإلى أى شيء يضمه ؟ — والعلة أيضا واضحة بالنسبة لعدم ثبوت حق الشفعة لمن اشترى منه — فهو لما اشترى منه بعد تمام البيع . فقد اشترى بعد علمه بالبيع فهو نفسه يعتبر جديداً وطارئاً على مشتري العقار المشفوع فيه وقدومه عليه وشرأؤه للعقار مع معرفته أن الشريك أو الجار أصبح فلانا يعتبر رضا منه بشركته وبجواره .

بل بالعكس فإن المشتري الآخر له حق الشفعة فيما باعه الشفيع . مثاله محمد وعلى شركاء في دار على الشيوع باع على حصته الشائعة في الدار إلى حسن . فطالب محمد حسنا بالشفعة وقبل أن يملك بالشفعة ويحجب إلى طلبه بالقضاء أو الرضاء باع محمد طالب الشفعة ، حصته إلى مصطفى فلا يحق لمصطفى أن يشفع فيما اشتراه حسن من على لأنه قادم عليه وحق الشفعة يسقط بإسقاط صاحبه ، وخروج عقاره الذى يشفع به قبل تملك المشفوع فيه يسقط حقه في الشفعة أيضا . لكن حسن من حقه أن يشفع فيما اشتراه مصطفى من محمد ، الشفيع ، وذلك لأن حسنا ملكيته ثابتة بمجرد تمام عقد البيع فقد كان مالكا واتصل ملكه بالعقار المبيع من محمد إلى مصطفى وقت البيع هذا فيما إذا باع الشفيع كل حصته من العقار قبل الحكم في الشفعة أو تمامها

ليس لمن اشترى
منه حقاق الشفعة

بل للمشتري
الأول أن يشفع

بالرضاء بيعاً تاماً لكن إذا باع جزءاً من حصته فيقول ابن قدامة^(١) فيها وجهان :

أحدهما : تسقط لأنها استحققت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقياً لأنها لا تتبع بعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كما لو عني عن بعضها .

والثاني : لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك هنا لأن اتصال الملك بوجوده وبالقدر الباقي يعتبر شريكاً أو جاراً . ويقول صاحب البدائع إن باع جزءاً شائعاً فله الشفعة لأن ما بقي يصلح للاستحقاق ابتداءً وإن باع جزءاً معيناً فإن كان من جهة بعيدة عن الدار التي فيها الشفعة فحقه ثابت وإن كان من جهتها واستغرق الحد فلا شفعة .

بقي أن نقول إنه لا يشترط أن تبقى ملكية الشفيع لما يشفع به بعد تملكه العقار المشفوع فيه بالقضاء أو بالرضاء إذ بهذا تتم ملكيته للمشفوع فيه وأصبح حراً فيه يتصرف في عينه ورقبته . فمن الأولى أن يحق له أن يتصرف في عقاره الأصلي . وقد جاء في حاشية شلبي^(٢) : فإن كان المشتري قد قبضها في بيت دار بجوارها فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لأنه قد ملك الدار بالقبض فصار جاراً عند وقوع البيع فإذا قضى له القاضي بالشفعة ثم ظهر أن البيع الذي تملك به الدار التي شفع بها كان بيعاً فاسداً ولزمه رد الدار ، لم تبطل الشفعة ، لأن القضاء قد صح فلا يبطل برد الدار لملكها الأول لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق .

١٥٣ - لا يشفع بالوقف : سبق أن قلنا إنه لا يشفع في الوقف لأنه

لا يشفع بالوقف

خرج من ملك الواقف بغير عوض ، ولا شفعة بالوقف أيضاً . فلو كانت دار

(١) المغني ٥ ص ٣٠٤ وراجع في هذا أيضاً البدائع ٥ ص ٢٠

(٢) شلبي على الزيلعي ٥ ص ٢٥٥

موقوفة ويبيعت دار أخرى بجوارها أو كانت دار مشتركة بين وقف وملك . فلا يجوز طلب الشفعة بالدار الموقوفة . إذ لا يوجد من يمثل الوقف ؟ أما الناظر فيه ليست دائمة لأنه قد يعزل ، وأما المستحق فليس له إلا الغلة . وليس الموقوف مملوكا للناظر أو المستحقين ، ولو قيل إن الناظر يمثل الواقف إن كان مولى من جهته أو يمثل القاضى الذى له الولاية على الوقف إن كان مولى من جهته ، والناظر يعمل على ما فيه مصلحة الوقف ، وقد تكون مصلحة الوقف فى ضم باقى الدار إليها لتكمل المنفعة وليتخلص من ضرر هذا الشريك إذا قاسمه . لكان محل نظر على أساس أن للوقف شخصية معنوية ولعل هذا ما دفع بعض المالكية إلى إجازة ذلك إذا كان القصد من طلب الشفعة ضمه إلى الوقف . هذا وقد نص فى القانون المدنى ٩٣٩ الفقرة الثانية أنه لا تجوز الشفعة بالوقف .

١٥٤ - موت الشفيع : إذا كانت دار مشتركة بين اثنين فباع أحدهما ^{موت الشفيع قبل تمام الشفعة} حصته ثم مات الآخر وانتقل نصيبه إلى ورثته فهل لهؤلاء الورثة حق الشفعة ؟ وهل يختلف الأمر بين ما إذا مات بعد أن طلب الشفعة ، أو مات قبل أن ^{هل يورث حق الشفعة} يطلبها ؟ ويترتب على هذا هل حق الشفعة يورث ؟ .

الأحناف (١) : قواعدهم تنتج أنه ليس للورثة حق فى الشفعة بعد موت مورثهم سواء أكان قد طلبها قبل وفاته أم لم يطلبها لأن ملكه زال قبل أن تتم له ملكية المشفوع فيه إن كان قد طلبها المورث والوارث لم يكن وقت البيع مالكا ، ولم يكن له ملك يتصل بالمبيع وقت البيع حتى يثبت له حق الشفعة . وبناء على هذا فحق الشفعة لا يورث عندهم إذا كان المورث قد طلبه قبل موته لأن الحقوق عندهم ليست بأموال وحق الشفعة ما هو إلا رغبة وإرادة والرغبات صفات شخصية لا تورث . وبالأولى إذا كان لم يطلبها .

باقى الأئمة يفرقون (٢) بين ما إذا كان المورث قد طلب الشفعة قبل وفاته ^{غير الأحناف}

(١) راجع المبسوط ج ١٤ ص ١١٦ وابن عابدين ج ٥ ص ٢٥٨ ، الزيلعى ج ٥ ص ٢٥٧

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٦ ، المغنى ج ٥ ص ٣٤٦

أم لا. ففي الحالة الأولى يثبتونها للورثة وفي الثانية لا يثبتونها - وهم في هذا يسايرون قواعدهم السابقة في اعتبارهم الحقوق إذا كانت متعلقة بالمال، والمنافع أموالاً ولذا فهم يقولون إن حق الشفعة يورث إذ هو حق متعلق بمال وقد تعلق هذا الحق بالدار المتروكة عن المورث لورثته وهم سيتملكون الدار عنه باعتبارهم خلفاء فيتملكونها بما تعلق بها غير أن ابن قدامة يروى في كتابه المغنى أن مالكا والشافعي قالا بأن هذا الحق يثبت للورثة سواء طلبه مورثهم أم لا - أما أحمد بن حنبل فهو الذي فرق - ولعل رجال القانون تضاربت آراؤهم في هذه المسألة تبعاً لاختلافهم في هل حق الشفعة حق شخصي أم عيني وسيأتى بيانه .

١٥٥ - الشرط الخامس : ألا يسقط حق :

ويشترط لثبوت الشفعة بعد ذلك ألا يظهر من الشفيع ما يدل على رضائه بدخول العقار في ملك الآخر^(١) إذ في رضائه هذا دليل على قبول شركته وجواره وعدم التضرر منه ، وطلب الشفعة بعد إظهاره ما يدل على رضائه يكون سعيًا في نقض ما تم من جهته ، ومن سعى في هذا فسعيه مردود عليه والرضا يكون صراحة كأن يقول : رضيت بهذا الشريك أو الجار أو يبارك له أو بشيء من ذلك ، ويكون دلالة كأن يكون وكيلًا عن البائع في بيع العقار نفسه للمشتري أو نائبًا عنه في خيار الشرط أو يكون قد ضمن المشتري في ثمن العقار . إذ بوكالته عن البائع يكون العقار قد خرج من ملك صاحبه ودخل في ملك المشتري بفعل الشفيع وبذا يكون قد ارتضاه شريكاً أو جاراً .

— ٥ —
ألا يظهر من
الشفيع إعراض
أو رضاه

صراحة أو دلالة

أما إذا كان من له حق الشفعة وكيلًا عن المشتري في الشراء فلا يسقط حقه في الشفعة ولا يعتبر بقبوله الوكالة راضياً . إذ تملك المشتري للعقار جاء من جهة البائع نفسه . وطلب الشفعة لا ينافي إخراج الملكية من البائع

وكالة الشفيع عن
المشتري

وبطلها يكون المراد إخراجها من ملك البائع لتدخل في ملك الشفيع ، وقد يكون الوكيل قبل الوكالة ليتم العقد ، فيطلب الشفعة إذ الشفعة لا تكون إلا نتيجة معاوضة مالية .

وكذا لو جعل المشتري خيار الشرط لمن له حق الشفعة فإن حقه لا يسقط إذا فسخ العقد . إذ البيع بات بالنسبة للبائع ، أما إذا سكت وفوت المدة أو أجاز البيع فيسقط حقه ويكون هذا دليل الرضا .

؛ نية الشفيع
عن المشتري
في خيار الشرط

دار مشتركة بين محمد وعلي ، فباع محمد حصته لخالد ، على أن يكون على شريكه ، ضامناً للمشتري في الثمن . فقبل ذلك وهو حاضر وضمن ، وتم العقد . فإذا ما طالب على بالشفعة بعد هذا فلا حق له ، لأن ضمانه للمشتري في الثمن دلالة على رضائه به وعدم اعتراضه عليه ، لأن إتمام العقد وإبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا .

ولو اشترى المشتري الدار ، على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع فلا شفعة للشفيع ، لأنه لما ضمنه الدرك فقد صار راضياً بالعقد وحكمه ، وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة .

إعراض الشفيع
نتيجة خبر كاذب

لكن إذا ظهر من الشفيع ما يدل على رضائه بعقد البيع وإعراضه عن الشفعة ، وكان رضاؤه وإعراضه (١) نتيجة التدليس عليه أو خديعته في الثمن أو في الحصة المباعة أو في شخص المشتري ، كما إذا أخبر بضمن أكثر من الحقيقة فأسلم في الشفعة أو أخبر بأن المبيع هو جزء من الحصة فأعرض ثم ظهر أن المبيع هو كل الحصة أو عكس ذلك ، أو أخبر بأن المشتري فلان فلم يعترض على أساس أنه يثق به ثم تبين أن المشتري شخص آخر . كل هذا لا يسقط الشفعة ، ولا يعتبر دليلاً على إعراضه .

تنازل الشفيع
قبل البيع

١٥٦ - تنازل الشفيع قبل البيع أو من الشفعة والبيع بالمراد :
إذا عرض البائع على الشفيع رغبته في بيع عقاره بمبلغ كذا لفلان

(١) البدائم ٥ ص ١٩ المبسوط للرخسي ١٤ ص ١٠٥ ، ص ١١١

الذى يقبل الشراء بهذا الثمن أو عرض المشتري نفسه على الشفيع قبل تمام العقد وأظهر له رغبته في شراء هذا العقار بالمبلغ الذى حدده البائع وهو كذا وسأله كلاهما أو أحدهما رأيه هل له رغبة في الشفعة فرفض أو أعرض قال (١) الفقهاء إن حق الشفيع رغم هذا لا يسقط ومن حقه بعد تمام البيع أن يطلب بالشفعة لأنه حينما رفضها أو أعرض عن طلبها كان لم يثبت له حق بعد حتى نقول إنه قد تنازل عنه فحق الشفعة لا يثبت إلا فور البيع. ولكن بعض (٢) فقهاء الإباضية يرون عكس ذلك ويقولون إن مثل هذا مسقط لحقه في الشفعة والمشتري لم يقدم على الشراء إلا بعد أن استأذن من له حق الشفعة واستوثق من عدم رغبته.

يقول ابن قدامة : لم تسقط شفيعته وله المطالبة بها متى وجد البيع. هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي وروى عن أحمد ابن حنبل . قال ابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى بأنها تسقط .

ولعل ما ذهب إليه الإباضية وما روى عن أحمد أعدل وأرفق بالناس وخصوصاً أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل لدفع الضرر الذى أصاب الشفيع من البيع لآخر من غير استئذانه والعرض عليه، إذ قد يكون في حاجة إلى هذه الحصة ليوسع بها عقاره . لكن بعد عرض المبيع على هذا الشريك أو الجار ورفضه أو إعراضه قد انعدمت الحكمة التى من أجلها شرعت لأنه يدل على عدم تضرره من البيع ولم نذهب بعيداً ونتجه ناحية الاستنتاج وهاهو النص الصريح يؤيدنا . فقد سقنا لكم في أدلة الشفعة أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم رבעه أو حائطه لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به ، أليس هذا بدليل صريح على أن الشريك بعد أن يستأذن شريكه في البيع ويرفض كان من حقه أن يبيع للغير وإلا فما

(١) البدائع ٥ ص ١٩

(٢) شرح النيل ٥ ص ٦٥٧ وراجع الفنى لابن قدامة ٥ ص ٣٤٩ ، ص ٣٥٠

معنى وإن شاء ترك ؟ ! ثم ألا يفهم من قوله فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به أنه إذا باع بعد الاستئذان يسقط حقه ؟ !

وعلى كل فقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء وطائفة من أهل الحديث وفي هذا عدل ورحمة بالناس وإقرار لمصالحهم ومعاملاتهم . وقد أحسن المشرع الوضع حينما اتجه هذه الوجهة فقد نصت المادة / ٩٤٨ من القانون المدني الجديد الفقرة الأولى ، يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع ،

وعلى هذا الأساس يكون الكلام في العقار الذي يباع بطريق المزاد العلني . فالفقهاء على أن حق الشفع في الشفعة قائم لأنه لا يظهر ولا يوجد إلا فور البيع فأثناء المزاد كان حقه لم يوجد ، ولكن على رأى الأباضية يسقط حق الشفع في طلب الشفعة في العقار الذي يبيع بطريق المزاد العلني مادام الشفع قد علم بالمزاد وأعرض عنه أو لم يقبل الزيادة ، إذ يكون في هذا دليل على أعراضه وعدم رغبته في تملك البيع .

والقانون المدني الجديد في المادة / ٩٣٩ الفقرة الأولى تنص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون ،

١٥٧-X من الشفعة شخصي لا عيني : الشفعة حق شخصي لأنه مجرد رغبة ومشية شخصي أم عيني هل الشفعة حق

لمن كان شفعياً وتوافرت فيه شروط الشفعة . فهو عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، ولذا وصفه الفقهاء بأنه حق ضعيف ، وكان من الحقوق التي لا تؤول إلى مال ، ولا يمكن أن يستعاض عنها بمال ، كما أنه لا ينتقل من شخص إلى وارثه كما يرى بعض الفقهاء ولا إلى من اشترى منه كما لا ينتقل إلى الموهوب له ، وبالتالي فهو لا يثبت له لو خرج العقار المطلوب فيه الشفعة من ملك صاحبه بغير عوض ، وفوق ذلك فهو يسقط بالاسقاط بل بمجرد التواني في الطلب والإعراض .

هذا ما أراه نتيجة لآراء الفقهاء وأقوالهم وخصوصاً أن الحقوق العينية قد حددت عند الفقهاء وبينت أسبابها . وما الشفعة إلا حق شخصي للشفيع عن طريقه يصل إلى حق عيني بعد أن يقضى له بالشفعة أو يملكها بالرضا . أما رجال القانون فالمسألة عندهم خلافية وظهر خلافهم هذا في أحكام القضاة فبعض المحاكم تتجه إلى أنه حق شخصي وبعضها يتجه إلى أنه حق عيني وقد حدثنا الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى في كتابه الشفعة في القانون الأهلي والمختلط والشرعية الإسلامية (١) بأن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أصدرت حكماً في ٣/٥/١٩٣٠ قضى بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بالقضاء .

(١) من ص ٣٢ إلى ص ٣٦ . وبعد أن استعرض سيادته أحكام المحاكم وآراء رجال القانون قال « وعندنا أن حق الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية وهو أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصي . . . »

القسم الثاني

إجراءات التملك بالشفعة وبطلان ملكية البائع

الفصل الأول

إجراءات طلب الشفعة

لزوم الطلب
لجميع المبيع فوراً

١٥٨ - يجب على الشفيع طلب جميع المبيع : من ثبت له حق الشفعة لتوفر أسبابها ، وأراد أن يأخذ المبيع بالشفعة وجب عليه أن يطلب جميع المبيع ، سواء أكان يشفع فيه غيره ممن هو أقوى منه سبباً أو ممن هو في درجته ، وسواء أطلب من له حق الشفعة أم لم يطلب ، وذلك كي لا تتجزأ الصفقة على المشتري إذا تنازل أحد الشفعاء أو أسقط حقه في الشفعة إذا كان الشفعاء من درجة واحدة ، وليكون الشفيع الآخر قد بادر بطلب الشفعة عند علمه بالمبيع ، إذا كان أقل مرتبة من سابقة الذي تنازل أو أسقط حقه ، وفي تجزئة الصفقة على المشتري أضرار به وهو ضرر الشركة ، والقاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار ، ودفع الضرر بالضرر لا يجوز في مثل هذا ، وفي تأخر الشفيع عن طلبها لوجود من هو أقوى منه إسقاط لحقه ومخالفة للحديث فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « الشفعة لمن واثبها ، أي طلبها على وجه السرعة ولما روى عن الرسول عليه السلام : « إنما الشفعة كحل عقال إن قيد مكانه ثبت وإلا فاللوم عليه » (١) وإنما كان ذلك لأن الشفعة حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس ، إذا أخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكة لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا يستقر إلا بطلب كل من

(١) البدائع - ٥ ص ١٧ وروى الحديث بعبارة أخرى « إنما الشفعة كفتش عقال إن قيد

مكانه ثبت وإلا ذهب » وراجع المغني - ٥ ص ٣٠٠ والنسوط - ١٤ ص ١١٦/١١٧

يحتمل أن يثبت له هذا الحق عند عليه بالبيع جميع المبيع.

لو طلب الشفع
بعض المبيع

فلو طلب الشفعة في مقدار نصيبه فقط ، أو طلب الشفعة في جزء المبيع تاركاً الباقي . هل يطل حقه في طلب الشفعة^(١) ؟ يروى عن محمد بن الحسن أن حقه في الشفعة سقط بطلب البعض دون البعض ، ووافقه على ذلك بعض أصحاب الشافعي ، إلا إذا كان قد سبق ذلك أنه طلب الكل فأبى المشتري فقال له حينئذ : اعطني نصف المبيع مثلاً ، فإن هذا لا يكون تسليماً ، ولا يترتب عليه إسقاط حقه في الشفعة ، وإنما أسقط محمد حق الشفع في الجميع بطلب البعض أولاً . لأنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الآخر فلزم إبطال النصف الآخر أيضاً كي لا تتجزأ الصفقة على المشتري . ويقول أبو يوسف أن طلب البعض ابتداء لا يسقط حقه في طلب جميع المبيع بعد ذلك لأن الحق ثبت له في كل المبيع ، والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط وهو لم يسقط حقه فلزم أن يبقى كما كان ، فإن شاء أخذ الجميع وإن شاء ترك .

وروى ابن قدامة أن مذهب أحمد بن حنبل مع محمد بن الحسن فيقول : ولنا أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيا لأنها لا تتبع بعض . وسواء في ذلك ما إذا كان المشتري قد اشترى المبيع من شخص واحد أم من أكثر مادام المبيع شيئاً واحداً لأن في أخذ البعض تجزئة على المشتري والتملك بالشفعة يشترط له شرطان أن يكون برضاء المشتري مع التسليم أو بقضاء القاضي الثاني أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري .^(٢)

أما إذا كان المبيع شيئاً بين شيئين متمايزين كأن اشترى دارين صفقة واحدة . فإن كان الشفع سبب الشفعة يثبت له الشفعة فيها لزمه أن يطلبها جميعاً عند الإمام وصاحبيه لأن الصفقة وقعت مجتمعة وفيها الجيد والردى . ففي تفريقها

تعدد المبيع في
صفقة واحدة

(١) البدائع ٥ ص ٢١ المغني ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٥ ، الهداية ٤ ص ٣١ ، تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٥٠ والمبسوط ج ١ ص ١٠٤ .

ضرر . . وقال زفر له أن يأخذ إحدى الدارين بحصتها في الثمن ولا ضرر على المشتري لانتفاء الشركة التي منعت تفرقة الصفقة من أجلها .

وإن كان سبب الشفعة يثبت له الشفعة في بعضها دون الآخر لزممت فيها بحصتها واعتبرت كأنها عقدان مختلفان لأن الشفيع لا يملك أن يأخذ ما لا يستحقه بالشفعة ولا ينبغي أن يسقط حقه في الشفعة وخصوصاً أن المبيع متفرق فالتفرقة لا تؤدي إلى شركة (١) .

إذا تعدد
المشترون وطلب
حصة أحدهم

أما إذا كان المشتري أكثر من واحد وطلب الشفيع الشفعة في حصة أحد المشتريين دون الآخر صح ذلك ولا يعتبر تجزئة للبيع على المشتري لأن الشفيع قد طلب جميع القدر الذي تملكه هذا المشتري ، ولأن المشتري الثاني قد يكون محل قبول في نظر الشركاء ولم يمانعوا في مشاركته فسلمت له حصته جميعها ، وخرج الآخر من كل حصته فلا ضرر على أحد .

طلب الكل ثم
اتفق مع المشتري
على الجزء

أما إذا طلب الشفيع كل المبيع ثم اتفق مع المشتري على أن يأخذ البعض بالتراضي فإن كان هناك شفيع آخر دونه أخذ الباقي مادام قد طلب الشفعة عند علمه بالمبيع ، ولا ضرر على المشتري في هذا لأنه في حالة ما إذا أخذ الشفيع الآخر الباقي فهو لم يبق شيئاً لحسابه حتى يتضرر من التجزئة ، ولا ينبغي للشفيع الأول أن يتضرر لأنه هو الذي جزء الصفقة باتفاقه مع المشتري ، وقد اكتفى بما أخذ . فإذا لم يكن هناك شفيع آخر سوى الذي تراضي مع المشتري فإن ما بقي من الشفيع يأخذه المشتري ولا ضرر على أحد لأن التجزئة باتفاقها ورضائهما .

تنازل عن الشفعة
بعد طلبها لشخص

أما إذا تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفيع آخر (٢) فإن هذا التنازل كما سبق بيانه لا يفيد التنازل له في شيء لأنه لم يملك شيئاً حتى يملكه لغيره وقد سبق بيانه غاية ما في الأمر أنه يعتبر قد أسقط

(١) المسألة محل تفصيل فارجع إليه في البدائع ج ٥ ص ٢٦ والمبسوط ج ١٤ ص ١٠٤

(٢) المغني ج ٥ ص ٣٣٨

حقه في الشفعة فلا يحسب له وجود وتقسم على الباقيين - ممن يستحقون الشفعة ويكونون قد طلبوها - بالتساوي ولا أثر لما فعله بالنسبة للغير. مع ملاحظة ما قاله أبو يوسف في الحجب .

طلبات الشفعة

١٥٩ - ما يلزم لطلب الشفعة: الفقهاء قد وضعوا للشفيع درجات في طلب الشفعة فقالوا إنه لا بد من أن يظهر رغبته عند علمه بالبيع ثم يؤكده هذه الرغبة ويعلنها فإذا وافقه المشتري على طلبه تملك المشفوع فيه بالرضا والتسليم وإلا تقدم للقضاء ولذا تجد الفقهاء يتكلمون عن ثلاثة طلبات طلب الموائبة، وطلب التقرير وطلب الخصومة يقول صاحب الهداية (١) : الشفعة تجب بعقد البيع وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب الموائبة لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم من ذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ثم يقول : إذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على المطالبة وهو طلب الموائبة ثم ينهض منه ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته ثم طلب الخصومة والتملك ...

الموائبة

١٦٠ - طلب الموائبة أو إظهار الرغبة: الموائبة من الوثب وهو العدو الشديد وسمى بذلك لقول عليه السلام الشفعة لمن واثبها فيلزم الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والمشتري والتمن أن يبادر ويظهر أنه يرغب في أخذ هذا المبيع بالشفعة وإلا فإذا أهمل ولم يظهر هذه الرغبة اعتبر ذلك منه إعراضاً وسقط حقه في طلب الشفعة وليس لطلب الموائبة لفظاً معيناً والصحيح (٢) أنها تطلب بأي لفظ يفهم منه رغبته في الشفعة.

طريق علم الشفيع
بالبائع

١٦١ - متى يعتبر عالماً بالبائع: - إما أن يكون الشفيع جالساً في مجلس العقد وبذا يكون قد شاهد بنفسه وسمع بالبائع فيلزمه إظهار الرغبة في المجلس

(١) الهداية ج ٤ ص ٢٠ منقول بتصرف .

(٢) الزيلعي ج ٥ ص ٢٤٣ تكملة الفتح والعناية بهامشه ج ٧ ص ٤١٩ والمبسوط ج ١٤

أما إذا لم يكن حاضرا في مجلس العقد ولكن قد أخبر بالمبيع والتمن والمشتري فإنه يلزمه الطلب عقب هذا الإخبار بحيث إذا أهمل يعتبر معرضا عن الشفعة ويسقط حقه فيها . لكن ^(١) الإمام أبو حنيفة يشترط ليكون الإخبار صحيحا ملزما ويترتب عليه إسقاط حق الشفعة عند الإعراض أن يتوفر فيه أحد أمرين أو هما معا العدد أو العدالة فلا بد عنده أن يكون المبلغ إما رجلا عدلا ثقة لا يعرف عنه الكذب ، وإما رجلين أو رجلا وامرأتين لأنه إخبار فيه معنى الإلزام ويترتب عليه إسقاط حق الشفع في الشفعة إذا لم يطلب — أما الصاحبان فلا يشترطان شيئا من ذلك حتى لو أخبره بذلك صبي أو فاسق أو امرأة اعتبر عالما بالبيع عندهما فإذا لم يظهر رغبته في طلب الشفعة سقط حقه فيها إذا ظهر صدق الخبر ألا ترى أن المشتري لو كان فاسقا وذهب بمفرده وأخبر الشفع فأهمل في الطلب سقط حقه اتفاقا — لكن التشريع المصري في القانون المدني الجديد قد حدد طريقا للعلم قاطعا لكل نزاع وهو لا يتنافى مع روح الفقه الإسلامي الذي يراعى العرف وتغير الأحوال فقد جاء في المادة (٩٤٠) ما يفيد أنه يبدأ علم الشفع من تاريخ الإنذار الذي يرسله البائع أو المشتري إلى الشفع وجاءت المادة ٩٤١ وبينت ما يجب أن يشتمل عليه هذا الإنذار .

إذا أعرض ثم
ظهر تعريف الخبر

١٦٢ — إعراصه الشفع بناء على خبر ظهر كذب بعضه: إذا أخبر بأن المشتري محمد وأن المبيع هو كل حصة الشريك أو أن الثمن هو ألف جنيه فأعرض عن طلب الشفعة إما لأن المشتري شخص يطمئن إلى مشاركته ويرتاح إليه وإما لأنه لا يستطيع أن يشتري كل الحصة أو لا يلزمه جميع العقار وإما لأنه لا يقبل أن يشتري جزءا صغيرا إذ الشركة معه باقية أو لأن الثمن أكثر من قيمة المبيع في نظره فإذا ظهر له بعد ذلك أن المشتري شخص آخر أو أن القدر المبيع على خلاف ما أخبر أو أن الثمن أقل مما سمع كان حقه

(١) البدائع ج ٥ ص ١٧٠ ، المفتي ج ٥ ص ٣٠١ ، تكملة الفتح والعناية بهامشه ج ٧ ص ٤١٩ .

في طلب الشفعة باقيا ولا عبرة بالإعراض أو الإسقاط السابق وفي هذا يقول صاحب البدائع^(١) « ينظر إن كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت الشفعة ، وإن كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفيعته » ويقول ابن قدامة « إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلت الشفعة إلا لما كان الثمن الكثير . وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة ، وعلى هذا لو حط البائع عن المشتري شيئا من الثمن أو زاده شيئا في العقار كآلات زراعية للأرض بعد إعراض الشفيع فلا يبطل حقه في الشفعة ويسرى نقصان الثمن عليه أيضا .

وقت طلب
الموالبة

١٦٣ — وقت طلب الموالبة : — عند علم الشفيع بالمبيع لزمه أن يطلب الشفعة فور علمه من غير انتظار مادام غير قادر على إظهار الرغبة فإذا علم بالمبيع وسكت ولم يطلب فوراً مع قدرته سقط حقه في الشفعة لأن الشفعة لمن واثبها ولأنها حق ضعيف جاء على خلاف الأصل لكن محمداً بن الحسن يرى أن للشفيع أن ينتظر طالما المجلس لم يتغير فلم ينصرف عنه أو يتشاغل بشيء آخر وقيل إن قول محمد هو الأصح^(٢) لأن حق الشفعة إنما يثبت للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج إلى التروي والتأمل وموازنة الثمن مع المبيع وإليك بعض ما يقوله ابن قدامة في هذا الصحيح في المذهب - يعني مذهب ابن حنبل - أن حق الشفعة على الفور وإلا بطلت وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، ثم يروى بعد ذلك عن بعض الفقهاء أن للشفيع أن يظهر هذه الرغبة في ثلاثة أيام وهو قول الشافعي ،^(٣)

(١) البدائع ج ٥ ص ١٩ ؛ المغني ج ٥ ص ٣٠٤ ويشير صاحب الهداية إلى ذلك ج ٤ ص ٢١ بقوله « إذا كان الخبر حقا .. »

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٧ ، المغني ج ٥ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ والهداية ج ٤ ص ٢٠ ، تكملة الفتح

ج ٧ ص ٤١٨

(٣) راجع المبسوط ج ١٤ ص ١١٧

١٦٤ - الإشهاد على طلب الموائبة به أمكن : وعلى كل فإن الشفيع ^{الإشهاد على طلب الموائبة}

إذا علم بنفسه في مجلس التبايع فإنه يظهر رغبته ويطلب الموائبة في المجلس أمام المتعاقدين ، ومن يكون حاضراً من شهود ، وإذا علم بالبيع بواسطة الإخبار فإنه يظهر رغبته في مجلس العلم ويكون ذلك أمام الشهود الذين أخبروه أو من كان حاضراً وقت الإخبار أما إذا أخبر برسالة أو بطريق لم يكن معه من يشهده على إظهار رغبته وطلبه الموائبة . فالفقيهاء لم يشترطوا لطلب الموائبة الإشهاد عليها فيعتبر من أظهر رغبته بمجرد العلم من غير وجود شهود يشهدهم طالبها ديانة أمام الله ، أما إذا نازعه المشتري ، وأنكر عليه إظهار رغبته وقت العلم فإنه سيحتاج إلى إثبات قطعاً ولذا استحسّن الفقهاء أن يشهد على طلبه الموائبة . فإذا لم يوجد بمجلسه من يشهده انتظر حتى يحضر من يشهده أو أرسل في طلب من يصلح للشهادة ^(١)

١٦٥ - طلب التقرير : ويسمونه طلب التأكيد :

طلب التقرير

بعد أن يظهر من له حق الشفعة رغبته في أخذ المبيع بالشفعة فور العلم لا بد له من أن يؤكد هذا الطلب بطلب آخر يسمى طلب التقرير ، فيه يقرر رغبته في الشفعة ويؤكدها ، لأن طلب الموائبة إنما كان لمجرد إظهار الرغبة ولم يكن عنده من الوقت ما يكفي للتروى والتفكير والموازنة ومعرفة حال المشتري ولكنه لم يقصد به إلا حفظ حقه في طلب الشفعة كي لا يكون سكوته وعدم إظهار رغبته دليلاً على رضائه بالبيع وبالمشتري . فالزومه الشارع أن يؤكد هذه الرغبة ويقررها بطلب جديد وفي هذا يقول صاحب الهداية ^(٢) : الثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي ، ولا يمكن الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير .

(١) البدائع ٥ - ١٧ ، ١٨ ؛ تكملة الفتح ٧ - ٤١٨ .

(٢) الهداية ٤ - ٢١ المبسوط ١٤ - ١١٧ .

١٦٦ - المجرة التي تقدم إليها بطلب التقرير: يكون هذا الطلب عند نفس
عند من يطلب
طلب التقرير

العقار المشفوع فيه الذي يتعلق به الحق ، أو عند المشتري نفسه لأن المبيع
سيؤخذ منه . وإما عند البائع إذا كان المبيع لم يخرج من يده إلى يد المشتري
لأنه سيطالبه بتسليمه العين وعدم تسليمها للمشتري . أما إذا كان البائع
قد خرج المبيع من يده . فلا يكون خصما ولا يصح أن يطلب طلب التقرير
عنده لأنه قد أصبح أجنبيا عن العقار فإذا طلب منه في هذه الحالة فقط من
غير أن يطلب من المشتري أو عند العقار فقد أسقط حقه لتركه الخصم
الحقيقي أو ما يتعلق به التخاصم (١) ، ويجب أن يكون الطلب فقط إما عند
العقار نفسه باعتباره قد تعلق به الحق ، وإما عند المشتري نفسه الذي في
يده العين ، والمبيع سيؤخذ منه . يقول صاحب الهداية : ويشهد على البائع
إن كان المبيع في يده أو على المبتاع أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت
شفعته . وهذا لأن كل واحد منها خصم فيه فللأول اليد وللثاني الملك
ولأن الحق متعلق بالمبيع .

وقد يكون طلب
الموابة والتقرير
في مجلس واحد

وعلى كل فالشفيع إما أن يعلم بالمبيع العلم الصحيح كما قدمنا في مجلس
يضم المتعاقدين . أو البائع والمبيع في يده ، أو المشتري . أو يكون ذلك عند
نفس العقار المبيع مع وجود من يصلح للشهادة في كل هذا . ففي هذه
الحالات يكون الشفيع - إذا ما أظهر رغبته أمامهم وطلب الموابة بأى عبارة
تدل على رغبته في أخذ المبيع . بما قام عليه من ثمن بسبب استحقاقه الشفعة
ثم يشهد بالمجلس على أنه قد علم الآن بأن فلانا باع كذا ، جميع حصته أو
بعضها ، إلى فلان بمبلغ كذا ومن حق أن أخذه بالشفعة بسبب كذا ، الشركة .
الاختلاط في المرافق . الجوار ، وقد أظهرت رغبتي بطلب الشفعة عند
العلم وأنا أقرر هذا وأشبهكم عليه . - قد جمع بين طلبي الموابة
والتقرير في مجلس واحد . واشترط أبو يوسف أن يحدد المبيع ويسميه

(١) تكملة الفتح على الهداية والعناية بهامشه - ٧ ص ٤١٩ ، ص ٤٢٠

لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يتحقق تمام العلم به إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه، ولكن في كتب ظاهر الرواية أن التحديد ليس بشرط.

الإشهاد على
وقت طلب
التقرير

أما إذا كان طريق عليه بالبيع الإخبار كما تقدم، وطلب الموائبة فور العلم وكان بعيدا عن العقار المبيع أو عن المشتري أو البائع الذي في يده العقار وجب عليه أن يتوجه فوراً إلى الموجود منهم في الجهة التي هو بها ويطلب طلب التقرير ويذكر فيه ما سبق ويشهد على ذلك استحساناً لأن المشتري قد يئازعه في الطلب ولا يسلم له المبيع فيحتاج إلى مخاصمته وهنا قد ينكر عليه المشتري أنه طلب الشفعة أو أنه أكد هذا الطلب، ولذا نجد بعض الفقهاء يشترطون الإشهاد على طلب التقرير. بل وسموه طلب الأشهاد (١)، ولذلك تجد صاحب الهدية يقول فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ثم يقول: ثم ينهض من المجلس ويشهد على البائع ويصدر طلب التقرير بأن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعتها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدا على ذلك، ومنه يتبين أنه يشترط الإشهاد بل يرى أن هذا الطلب ما كان إلا لإثبات رغبته والإشهاد عليها ليستند إليها لدى القضاء عند الإنكار.

الوقت الذي يجب
أن يطلب فيه
التقرير

١٦٧ — وقت طلب التقرير: قلنا إنه يجب عليه أن يتوجه فوراً والمراد بالفورية هنا أول فرصة يمكنه فيها التوجه إلى أحد هؤلاء فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه الوصول إلى أحدهم ولم يفعل من غير عذر يمنعه من التوجه أو الاتصال بهم سقط حقه في الشفعة، ولا عبرة بطلب الموائبة. وإنما قال الفقهاء ذلك واشتروا السرعة في إبداء الرغبة وتأكيدها بالطلب كي يتبين المشتري حقيقة موقفه وتستقر الأمور والمعاملات فلا يكون هناك مجال لتصرف المشتري في العقار وليستقر على رأى مؤكد على وجه سريع،

(١) البدائع ج ٥ ص ١٨ ونكالة الفتح ج ٧ ص ٤١٩، ٤٢٠

ولذا قال الفقهاء إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة في الجهة التي بها الشفيع ،
والآخران في بلد آخر وجب على الشفيع أن يقرر طلبه ويؤكدده ويشهد
عليه عند الذي في جهته والأقرب إليه مع ملاحظة أن البائع لا يعتبر إلا إذا
كان المبيع في يده . وقالوا إذا ترك القريب وذهب إلى البعيد الذي في بلد
أخرى سقط حقه في الشفعة لأنه لم يطلبها على الفور وكان في مقدوره ذلك
فلو تعاقد البائع والمشتري في غير موضع العقار فليس على الشفيع أن
يذهب إليهما ولكنه يطلب ويشهد على الطلب عند الدار لأن الشفيع إذا كان
عند الدار والعاقدان في جهة أخرى تعين الطلب والإشهاد عندها فإذا تركها
وذهب إليهما بطلت شفيعته (١) أما إذا لم يكن في مقدوره الطلب لوجود عذر يمنع
من الوصول إلى الدار أو إليهما لا تبطل شفيعته حتى يزول الحائل ولا يعتبر
عذرا لو لقي الشفيع المشتري في مكان بعيد عن جهة العقار فامتنع عن الطلب
حتى يعود إلى موطن العقار فإن فعل ذلك سقطت شفيعته والنسيان لا يعتبر
عذرا فتسقط معه الشفعة (٢) .

تطلب عند التمكن
من الطلب

أما إذا كانوا جميعاً في بلد واحد صغير فلا تبطل شفيعته بطلبها من البعيد
وتركه القريب ، واعتبر الفقهاء أن البلدة تعتبر صغيرة إن كانت أقل من فرسخ
في فرسخ (٣) وعلى كل فإن الفقهاء لم يحددوا لطلب التقرير وقتاً معيناً وإنما
قالوا يطلبها عند التمكن في أول فرصة فإذا علم ليلاً وآخر الطلب إلى الصباح
فهو عذر وإن كان في سفر وعلم وطلب الموائبة لزمه أن يرسل عنه وكيلًا إن
أمكن أو يرسل للمشتري كتاباً يقرر فيه طلبه فإذا لم يتمكن من شيء من ذلك
فحقه في الشفعة قائم وإن تمكن ولم يفعل سقط حقه (٤) وفي البدائع وإذا
طلب الغائب الموائبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة حتى يأتي

(١) البدائع ج ٥ ص ١٨ وتكملة الفتح ج ٧ ص ٤١٩ ، ٤٢٠ .

(٢) المغني ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٣) في القاموس ج ١ ص ٢٦٦ الفرسخ ثلاثة أميال هاشمية . أو اثنا عشر ألف ذراع أو

عشرة آلاف .

(٤) المغني ج ٥ ص ٣٠٠ والبدائع ج ٥ ص ١٨ .

الوقت الذي يراه
القانون

إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار لازيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة وقد أحسن القانون المدني المصري حينما حدد موعداً لطلب التقرير الذي سماه بإعلان الرغبة في المادة (٩٤٠) فهي تنص (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك وقد بينت المادة (٩٤١) الإنذار المشار إليه وما يجب أن يشمل . . وعلى كل هذه إجراءات تخضع لعرف الإقليم ولا تتنافى مع قواعد الفقه الإسلامي وخصوصاً أننا أشرنا قبل إلى أن من الفقهاء من وسع على الشفيع في الوقت الذي يجب أن يطلب فيه الشفعة .

١٦٨ - طلب الخصومة : ويسميه صاحب الهداية طلب التملك . بعد أن طلب الخصومة

يطلب الشفيع طلب الموائبة عند عليه بالبيع وأكد هذه الرغبة بالإشهاد الذي هو طلب التقرير أصبح حقه في الشفعة مستقراً وعند علم المشتري بذلك فإن رضى بطلبه ووافق عليه وسلم له المبيع انتهى الأمر وثبتت ملكية الشفيع للمشفوع فيه بالرضاء مع الاستلام وانتهى الأمر على ذلك . أما إذا نازعه وأنكر عليه حقه فعلى الشفيع أن يتقدم بطلب آخر . لكن لا إلى أحد المتبايعين وإنما إلى القضاء ، فيرفع دعوى الشفعة . وهذا الذي يسميه الفقهاء بطلب الخصومة وهو آخر المراحل الذي على ضوئه يستقر الملك للمشتري أو يثبت للشفيع .

١٦٩ - الوقت الذي ترفع فيه الدعوى : لكن متى يتقدم الشفيع بهذه وقت الخاصة أبو يوسف

الدعوى أو بهذا الطلب^(٢) يقول أبو يوسف في أول مجلس قضاء يمكنه أن يتقدم فيه بالدعوى وإلا سقط حقه في الشفعة إذا لم يتقدم بطلب الخصومة في أول مجلس للقضاء من غير أن يمنعه عن ذلك عذر مقبول . وذلك لأن في تأخير

(١) تكملة الفتح - ٧ من ٤٢١ المبسوط - ٢٤ من ١١٨

ضرراً بالمشتري لأن تقييد الشفيع بزمان محدد فيه ضرر عليه لأنه قد يكون معذوراً فإن ظروف الناس وأحوالهم تختلف فيجب عدم تقييده بزمان .

وروى عن محمد بن الحسن وزفر : أنه يجب على الشفيع أن يخاصم في مدة شهر من وقت طلب التقرير وإلا سقط حقه في الشفعة وحدداً شهر إلا أنه الحد الفاصل بين الزمن القريب والبعيد . وهي رواية عن أبي يوسف أيضاً .
أما الإمام : فلم يقيد الشفيع بوقت . وقال إن من حق الشفيع أن يرفع هذه الدعوى في أى وقت شاء ما دام قد استقر حقه بطلب التقرير . فلا يسقط حقه الثابت المستقر بتأخره في المخاصمة حتى لو كان ذلك من غير عذر وقال إن مثل هذا كمثل الدين فإن تأخير المطالبة به لا يسقطه .

محمد وزفر

الإمام

وأرى أن هذا لا يخلو من نظر إذ التأخير في المطالبة بالدين لا يتضرر منه المدين وإنما تأخير طلب الشفيع يتضرر منه المشتري لأنه يبقى مهدداً بزوال الملك من يده إلى يد الشفيع إذا ما خاصمه لدى القضاء . وقد يترتب عليه أن يتقدم بعض من يستحق الشفعة بطلب المواثبة والتقرير . ولا يخاصم ، ولا يقصد بهذا سوى مساومة المشتري هذا ما رآه الفقهاء في تحديد الزمن الذي ترفع فيه الدعوى بحيث لو تأخر عنه سقط حقه في الطلب — أما القانون فإنه لم يذهب بعيداً بل حدد في المادة (٩٤٣) ثلاثين يوماً من تاريخ إبداء الرغبة لرفع الدعوى فيكون متمشياً مع ما يراه محمد وزفر .

١٧٠ — ما يحتويه الطلب : فإذا ما تقدم الشفيع بطلب الخصومة في

ما يجب أن يشتمل عليه طلب الخصومة

موعده لزم أن يكون هذا الطلب شاملاً (١) اسم البائع وأن يعين المبيع تعييناً كاملاً ، واسم المشتري ، وأن يبين الثمن الذي تم عليه العقد ، والسبب الذي يستحق هو به الشفعة . وأنه فور علمه أظهر رغبته ، وقد أكد هذه الرغبة بطلب التقرير عند العقار أو عند المشتري أو عند البائع لأن المبيع في يده ، وأن المدعى عليه ممتنع من تسليمه العقار بما قام عليه من ثمن من غير حق ،

(١) ، تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٢١ ، البدائع ج ٥ ص ٢٤

ويطلب أخيرا الحكم له بثبوت حقه وتسليمه العقار المبيع . وهذا هو ما يكتب الآن في عريضة دعوى الشفعة مع الزيادة التي أوجبها القانون كذكر إيداع الثمن بخزينة المحكمة الذي يجب أن يتم قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه في طلب الشفعة المادة / ٩٤٢ الفقرة الثانية .

١٧١ - الخصم في دعوى الشفعة : - الخصم (١) الأصلي في دعوى

من الذي يخاصمه الشفيع

الشفعة هو المشتري لأنه هو الذي ستزعم منه الملكية كما يجوز أن يخاصم الشفيع البائع أيضا إذا كان المبيع لا يزال في يده إذ به يكون خصما في الدعوى لكن لا بد مع هذا إن كانت الدعوى ترفع ضد البائع في هذه الحالة من دخول المشتري أيضا فيها لتسمع البيئة في مواجهته كي لا يضار باتفاق الشفيع مع البائع يقول صاحب الهداية (٢) ، وإن حضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي مستحقة . ولا يسمع القاضى البيئة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك ، والقانون في المادة (٩٤٣) اتجه إلى رفع الدعوى على المشتري والبائع معا وإن كان في الواقع أن وجود البائع في الدعوى أمر صوري وكما ترفع الدعوى على المشتري أو البائع إن كان المبيع في يده فكذلك ترفع على وكيل المشتري نفسه مادام لم يسلم المبيع إلى موكله : هكذا يقول الإمام أبو حنيفة لأن الشفعة حق من حقوق (٣) العقد ، والحقوق إنما ترجع عند الأحناف إلى الوكيل نفسه الذي باشر العقد

(١) تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٢١ والبدائع ج ٥ ص ٢٤

(٢) الهداية ج ٤ ص ٢٢

(٣) حقوق العقد : ما يستتب العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره مما يثبت حقا لطرفية كإلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري فالأحناف يرون أن الذي باشر العقد هو الذي تلزمه هذه الحقوق وترجع عليه شخصيا ويخاصم بنفسه من أجلها .

« وقال أبو يوسف : إن الدعوى لا ترفع على الوكيل بشخصه . لأنه اشترى للموكل ، وغاية الشفعة أن ينزع الشفيع الملك عن آل إليه الملك وهو المشتري لا الوكيل (١) .

ملكية الشفيع
تثبت بالقضاء
أو بالرضا

١٧٢ — تملك الشفيع للمنفوع فيه : تثبت دعوى الشفعة . بما تثبت به سائر الدعاوى . إما باعتراف الخصم . أو بشيء من الأدلة المعتبرة شرعاً . فإذا ما اعترف المدعى عليه بالدعوى أو صحت البينة لدى القاضي حكم للشفيع بما طلب وبذا تثبت ملكية الشفيع . فملكية الشفيع لما يشفع فيه لا تثبت بمجرد الطلب ولكن لا بد من رضا المشتري وتسليمه المبيع أو قضاء القاضي . بخلاف البيع فإن الملكية فيه تثبت بمجرد التعاقد وتتمام العقد . والمادة ٩٤٤ تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع . . . ، أما إذا سلم له المشتري وتراضى معه من غير قضاء فيعتبر الشفيع مشترى وعلى كل فأخذ الشفيع بالشفعة وملكته للعقار بمثابة شراء جديد فيثبت له حق خيار الرؤيا « وخيار العيب (٢) والفرق أن المشتري يملك بتام الإيجاب والقبول ، أما الشفيع فإنما يملك بالرضا والتسليم أو بالقضاء فلو شفع محمد في عقار اشتراه علي . فنازعه علي . وقبل أن يقضى لمحمد بالشفعة بيع العقار المجاور للعقار المبيع - الذي اشتراه علي - من الجهة الأخرى فتقدم علي وشفع فيه فسلم له المشتري ولم ينازع . ثم حكم بعد ذلك لمحمد بالشفعة في العقار الذي اشتراه علي . فهل لمحمد أن يشفع في العقار الذي أخذه علي بالشفعة باعتبار أنه ما شفع فيه إلا باعتباره مالكا لما اشتراه ، وقد زالت ملكيته ؟ في الواقع أن ملكية علي قد ثبتت في العقار بشرائه ، وقد اتصل العقار المملوك له بالعقار المبيع - الأخير - وقت البيع فثبت له حق الشفعة . أما محمد

(١) البدائع ٥ ص ٢٤ ، الهداية ٤ ص ٢٣ تكملة الفتح ٧ ص ٢٣

(٢) راجع تكملة الفتح والهداية والبدائع المكان السابق . وخيار الرؤيا هو ما يثبت لأحد

العاقدين عند رؤية محل المقدم لإجازة العقد أو فسخه

وخيار العيب ما يثبت للمتلئك من حق فسخ العقد لوجود عيب في محل العقد

فملكته للعقار المشفوع فيه وقت بيع هذا الأخير لم تكن ثابتة ، لأن الملكية بالشفعة لا تثبت إلا بالقضاء أو الرضا مع التسليم . ولذا كان من حق على تملك العقار الأخير دون محمد^(١) .

وفي هذا يقول صاحب الهداية^(٢) : « وتملك البقعة المتنازع عليها للشفيع بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي .

(١) راجع المغني ج ٥ ص ٣٠٥ فقيه أن للسأفة خلافة ولكن يرجح ما ذكرناه ويقول إنه هو الأقرب

(٢) الهداية ج ٤ ص ٣٠٥ ونكدة الفتح شرح الهداية ج ٢ ص ١٧٤ والعناية بهامشه .

الفصل الثاني

الشفيع الغائب

١٧٣ - إذا كان بعض الشفعاء غائباً عن المبيع : بينا من قبل ما إذا كان الشفعاء كلهم حاضرين وعلموا بالمبيع ، وطالبوا كلهم بالشفعة أو أسقط أحدهم حقه في الشفعة ، كما بينا ما به يتم العلم ، وما يجب لطلب الشفعة ، وقلنا إنه يلزم للشفيع أن يطالب بكل المبيع سواء في ذلك ما إذا انفرد بطلب الشفعة أم كان معه غيره من درجته أم من غير درجته ، لكن إذا كان بعض من يستحق الشفعة حاضراً والبعض الآخر غائباً فما الذي يجب أن يتبع بالنسبة للشفيع الحاضر وبالنسبة للغائب ؟ .

إذا غاب بعض
الشفعاء

١٧٤ - يطلب الحاضر الجميع ويأثمه : أما بالنسبة للحاضر فإنه يلزمه أن يطلب كل المبيع فإن سلم له المشتري تملك بالرضا مع التسليم ، وإلا تقدم بدعوى الشفعة . فإذا أثبت دعواه حكم له القاضي بكل المبيع سواء أكان الغائب أعلا درجة من الحاضر أم كان من درجته ، وسواء أكان الغائبون أكثر عدداً واستحقاقاً من الحاضرين أم دونهم ، فلا سبيل إلى القول بالانتظار حتى يحضر الغائب ولا يترك له مقدار نصيبه (١) وذلك لأن الغائب لم تظهر رغبته ولم يتأكد حقه بالطلب لاحتمال إعراضه ، وقد ثبت للشفيع الحاضر سبب استحقاق الشفعة كاملاً ، وقد تأكد حقه بالطلب وأصبح متيقناً ، فلا تترك حقاً ثابتاً مؤكداً لمجرد احتمال رغبة الغائب وتوقع حق مشكوك في طلبه . وما دام حق الحاضر في تملك المبيع جميعه بمفرده قائماً إذ لو انفرد بالطلب وأعرض الباقيون لثبت له الحق وحده فلا يمنع الحاضر لهذا من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد وعدمه ، فيقضى له بالكل عملاً بكال السبب .

يعطى الحاضر
المبيع جميعه

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ٦ تكملة الفتح ج ٧ ص ٤١٥ ، ابن عابدين ج ٥ ص ١٥٣ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٧ ، المغني ج ٥ ص ٣٣٩

ولا سبيل أيضاً إلى القول بترك نصيب الشفيع الغائب لاحتمال طلبه لأن
في هذا إضراراً بالمشتري إذ فيه احتمال تجزئة الصفقة عليه إذا ما حضر الغائب
وأعرض عن الطلب ، والشفعة التي شرعت لدفع الضرر لا ينبغي أن تكون
سبباً في إيقاع الضرر بالمشتري لمجرد احتمال أمر مشكوك في تحققه .

لا ينتظر الغائب
ولا يترك له
نصيب

١٧٥- بقاء حق الغائب : وأما بالنسبة للغائب فالفقهاء أصحاب المذاهب
اتفقوا على أن له أن يطالب بالشفعة عند عليه بالبيع وإن طال غيبته . وذلك لأن
الشفعة حق يثبت لكل من اكتمل له سبب الاستحقاق وما دام عقار الغائب
متصل بعقار المبيع فإنه يتحقق الضرر وتوجد الحاجة التي من أجلها شرعت
الشفعة ، ويدل على ذلك أيضاً ما سبق ذكره من الأحاديث فقد روى أحمد
والترمذي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الجار أحق بشفعة
جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً ، فهو صريح في
ثبوت حق الشفعة للغائب وهكذا سائر الأحاديث التي وردت في الشفعة فإنها
لم تخص بها الحاضر بل جاءت عامة تشمل كل من يثبت له الاستحقاق ،
ولا يتنافى هذا مع طلب الموائبة ومع قوله عليه السلام « الشفعة لمن واثبها ،
لأن هذا يتجه إذا تواني في الطلب بعد العلم أما قبل العلم فحق الشفيع في طلب
الشفعة قائم سواء أكان حاضراً بالجهة ولم يعلم بالبيع علماً صحيحاً أم كان حاضراً
لكنه محبوس لا يتصل به أحد أم كان غائباً غيبة بعيدة أم قريبة إذ الأساس
في إسقاط حقه هو الإعراض عن إظهار رغبته عند العلم أو إسقاطه لحقه
ولا قائل بأن الغيبة مع عدم العلم مسقطه للحق . يقول صاحب العناية (١) :
إن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفيعته ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر
والسافر في لزوم الضرر .

حق الغائب باقياً
حق يعلم

بعض الفقهاء
لا يثبت الغائب
حقاً

غير أن ابن قدامة في كتابه المغني يروى لنا أن هناك من فرق بين الغائب
في مكان قريب والغائب في مكان بعيد وأثبتوا حق الشفعة للأول دون الثاني

كى لا يضار المشتري . . . الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى ، وروى عن النخعى : ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلى والبتى إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه ،

نظرة القانون

ولقد أحسن رجال التشريع حين نصوا فى القانون على عمل يتحدد به العلم بالنسبة لكل من يثبت له حق الشفعة وهو ما ألزم به المشتري أو البائع من عمل إنذار للشفيع مبيناً فيه العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه ، وبذا يتحقق علم من له حق الشفعة فى أى مكان كان وعلى المنذر إليه أن يظهر رغبته فى مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه (١) .

١٧٦ - علم الغائب بالبيع : وعلى أساس ما بيناه قبل وما سقناه من أقوال

إذا علم الغائب بالبيع

فقهائ المذاهب على ثبوت حق الغائب فى الشفعة فإنه يلزم بمجرد العلم أن يبادر إلى إظهار رغبته بالموائبة والإشهاد مثله فى ذلك مثل الحاضر لا تنفاه العذر يقول الكاسانى : الغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والإشهاد لأنه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الإشهاد الذى يتوثق به الطلب ، (٢) فإذا أهمل فى ذلك من غير عذر سقط حقه فى الشفعة وبعد أن يتأكد حقه بالإشهاد لزمه أن يذهب إلى المشتري أو يرسل إليه أو يوكل عنه أحداً ليعلمه برغبته فى الشفعة ويقول صاحب البدائع : إذا طلب الغائب طلب الموائبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التى يأتى إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار لازيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة ، لكن ابن قدامة يقول إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فظاهر كلام

(١) المادتين ٩٤٠ ، ٩٤١ من القانون المدنى الجديد

(٢) البدائع ٥ ص ٨ وراجع أيضاً المغنى ٥ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧

الخرق أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفעתه وهو مذهب الشافعي ، وقد أطال الكلام في هذا فارجع إليه ، أما إذا التقى المشتري بالشفيع في مكان غيبته بعد أن علم منه أو من غيره بالبيع ولم يطالبه بالشفعة سقطت شفעתه حتى لو قال إنما تركت المطالبة لأطالبه في الجهة التي تم فيها البيع أو في الجهة التي بها العقار فهو ليس بعذر ولا يقبل منه الاعتذار بالنسيان مادام في البلد التي هو بها قاض يعرض الأمر عليه ^(١) وإلا فالتأخير يعتبر عذرا بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي لكن الآن وقد نظم التقاضي بين الناس وخصص ولي الأمر بماله من الولاية العامة القاضي بالزمان والمكان والأقضية وأصبح كل قاض يختص بنوع معين من القضايا التي يتبعها العقار أو يتبعها المدعى عليه إلى غير ذلك فإن الدعوى ترفع أمام المحكمة المختصة في المدة التي حددها القانون والتي أشرنا إليها من قبل . وليس في هذا اختلاف في الفكرة والمبدأ وإنما هو اختلاف زمان وعادات

١٧٧ - الغائب وطلب الشفعة بعد القضاء للحاضر: - لو قضى للشفيع الحاضر بكل المبيع ثم جاء الغائب وطلب الشفعة طلباً صحيحاً فيما أن يستوى مع الحاضر في السبب الذي قضى له من أجله بأن كانا شركاء في نفس العقار أو في مرافقه أو كان كل منهما جارا ملاصقا بملكه للمبيع . ففي هذه الحالة يقسم المبيع بينهما مناصفة كما يقول الأحناف وبحسب نصيب كل كما يقول غيرهم أما إذا كان الغائب أقوى سبباً بأن كان شريكاً والحاضر جارا فإن كان الحاضر قد تملك المشفوع فيه بالرضا نزع منه واستحققه الغائب وإن كان تملكه بالقضاء فليس لهذا الشريك أن يأخذ إلا النصف فيها لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا له ومقضيا عليه وقد تعلق حق الأول بالمبيع وأيده حكم القضاء ^(٢)

ينقض ما تم إذا طلب الغائب واستحق الشفعة

(١) وقد فصل هذا الموضوع ، ابن قدامة في المغني ٥ ص ٣٠٦ إلى ص ٣٠٨ ، وراجع

تكملة الفتح ٧ ص ٤٢٠

(٢) راجع العناية على هامش تكملة الفتح ٧ ص ٤١٥ ، البدائ ٥ ص ٦ فقد فرع على

هذا عدة صور وبين فيها أوجه النظر وراجع ابن عابدين ٥ ص ١٥٤ لاختلاف وجهته .

أما إذا كان الغائب أقل سببا من الشفيع الأول فلا شيء له لأنه أحق منه بها . وهكذا لو تعدد الشفعاء الغائبون والشفعاء الحاضرون فإنه يقضى للحاضرين وتقسم بينهم ثم تنقض القسمة عند حضور أحد الغائبين الذين يستحقون الشفعة فإذا كان عقار مشترك بين خمسة أشخاص ثلاثة حاضرون واثنان غائبان فباع أحد الحاضرين حصته واستحقها الحاضران بالشفعة وقسمت بينهما ثم حضر أحد الغائبين نقضت القسمة السابقة ووزع المبيع على الثلاثة فإذا جاء الشريك الغائب الآخر وطلب الشفعة نقض ما تم ثانيا وقسم المبيع بين الأربعة على عددهم أو حسب أنصبتهم وهكذا لو غاب كل الشفعاء وقت المبيع ثم حضر أحدهم لزمه أن يطلب كل المبيع ويقضى له به فإذا حضر الباقون وكانوا من درجته نقض ما سبق وقسم بينهم .

١٧٨ - رفض الدعوى في مواجهة الحاضر لا يسقط حق الغائب: يرفض دعوى الحاضر لا يسقط حق الغائب

فلو كان للمبيع شفيعان أحدهما غائب والآخر حاضر فطالب الحاضر بالشفعة وتقدم للقضاء فحكم برفض دعواه لنقص في الإثبات أو شيء آخر غير هذا فإن حق الغائب في طلب الشفعة قائم وله أن يخاصم المشتري فيها جميعها من جديد فإذا حكم له استحق جميع المبيع . وحقه في الادعاء لا يبطله رفض دعوى الآخر لأنه لم يكن خصما فيها بل وقالوا حتى إذا نص القاضي في حكمه على أنه أبطال كل شفعة في هذا المبيع . يقول صاحب البدائع (١) إذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر أمام قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفيعته ثم حضر الغائب فخاصمه إلى قاض يرى الشفعة . قضى له بجميع الدار لأن قضاء القاضي الأول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة ، ولو كان القاضي الأول قال بطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قال محمد وهو صحيح لأنه قضاء على الغائب وهو لا يجوز .

(١) البدائع ج ٥ ص ١٨ وراجع أيضا المفتى ج ٥ ص ٣٠٦ ؛ ٣٠٧

(٢) البدائع ج ٥ ص ٨

١٧٩ - ثمرة العقار في بر الشفيع الحاضر: فلو كان المبيع أرضا زراعية .
منفعة العقار في يد الشفيع الحاضر

أو داراً فانتفع بها الشفيع الحاضر بأن زرعها أو سكن فيها أو استثمرها ثم جاء الشفيع الغائب واستحق المبيع جميعه أو بعضه فليس له أن يطالب الشفيع الأول بثمره العقار التي حصدها قبل الحكم له أو المنفعة التي استفادها قبل ذلك لأنها كلها ثمرة جهده ونتيجة نفقاته ، وهو لم يكن متجنياً أو مغتصباً وقت أخذه العقار بالشفعة لأنه كان من حقه وقتها وقد تأكد بالطلب وحق الغائب في ذلك الوقت لم يتأكد بل لم يظهر ، ومن حق الشفيع المتملك أن يستثمر ما تملكه بالشفعة وفي هذا يقول ابن قدامة (١) ، فإن ثمرة الشقص في يد الأول نماء منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منها لأنه انفصل في يد الأول قبل أخذ الثاني بالشفعة ، وسنعود إلى ذلك بشيء من التفصيل في القسم الثالث من هذا الكتاب .

الفصل الثالث

الثلث الذي يأخذ به الشفيع

١٨٠ - هل يجب دفع الثمن قبل الحكم : إذا تحقق للشفيع سبب الاستحقاق هل يتوقف الحكم بالشفعة على دفع الثمن وتأكد بالطلب فهل يلزم الشفيع بدفع الثمن قبل أن يحكم له القاضي فإذا لم يدفع لا يحكم له ؛ وهل يترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة ظاهر الرواية في الفقه الحنفي أن الحكم له بالشفعة لا يتوقف على إحضار الثمن وإنما قالوا يؤجل له القاضي يومين أو ثلاثة كي يحضر الثمن فإذا لم يحضر وقضى القاضي بالشفعة كان من حق المشتري أن يحبس المبيع في يده حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ولا تبطل الشفعة لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي ولأن الثمن لا يستحق عليه إلا بعد القضاء له وما ليس بثابت عليه لا يشترط تسليمه (١) وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضى له حتى يحضر للمشتري الثمن وهو رواية عن أبي حنيفة مخافة أن يكون الشفيع مفلساً فيضيع حق المشتري . وقال إن للقاضي أن يحبس الشفيع إذا ظهر مطله إذ فيه إضرار بمصلحة المشتري ولا يؤجل له أكثر من الثلاثة أيام ومع هذا فظاهر الرواية أن الشفعة لا تبطل (٢) ونقل الكاساني أن محمد بن الحسن قال : لو ضرب له القاضي أجلاً ؛ فقال له : إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفيعته بشرط أن يكون ذلك قبل الحكم وإلا فلا تبطل (٣)

وكذا إذا قال الشفيع إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا بريء من.

(١) الهداية ج ٤ ص ٢٢ والعناية على هامش تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٢٢

(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٥ ومع هذا فهو يرى أن قول محمد بن الحسن أنه لا ينبغي أن يقضى

القاضي قبل إحضار الثمن لا يختلف مع ما جاء بظاهر الرواية. وراجع المبسوط ج ١ ص ١١٩

(٣) ابن عابدين ج ٥ ص ١٥٧

الشفعة لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط والإسقاطات عما يحتمل التعليق بالشرط .

ونجد ابن قدامة قد تكلم في هذا كثيراً وقال : (١) إنه لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن إذ فيه إضرار بالمشتري حتى لو أحضر رهنا أو ضامنا فلا يجبر المشتري على قبول الضمان وإذا قضى له بالشفعة كان من حق المشتري حبس المبيع حتى يقبض ثمنه ويمهله إلى يومين كما يرى أحمد بن حنبل ومالك وإلى ثلاثة أيام كما يرى الشافعي فإن لم يحضر الثمن فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري . والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم ،

وبذا نجد أن الفقهاء لا يلزمون الشفيع بتقديم الثمن عند طلب الخصومة ولكنهم يستحسنون إحضاره قبل القضاء إذ لا يمكن إلزامه بالثمن قبل القضاء له لأنه لا يستحق إلا بعد التملك والملكية لا تثبت إلا بالقضاء أو الرضاء ومع هذا فقد احتاطوا لمصلحة المشتري بما رويناه من أن للمشتري أن يفسخ بنفسه أو بواسطة القاضى إذا لم يحضر له الثمن في مدى ثلاثة أيام بعد القضاء له . أو بما قاله محمد بن الحسن من أن القاضى يمهله ويعلق إسقاط الشفعة على عدم إحضار الثمن في اليوم الذى أجل له ولعل ما ذهب إليه القانون فى المادة ٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع كل الثمن بخزينة المحكمة فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حقه فى الشفعة يتفق مع ما قاله الإمام محمد فى أصل الفكرة وفيه محافظة على حق المشتري وحق الشفيع .

١٨١ — ما يلزم الشفيع به أنه الثمن مثلياً أو قيمياً : الثمن الذى يجب على الشفيع أن يدفعه فى مقابل المشفوع فيه هو مثل ما تم عليه التعاقد بين البائع والمشتري فإن كان مثلياً لزمه مثله وإن كان قيمياً لزمته القيمة لأنها أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة فى المبيع كالمثلى (٢) والقيمة الواجبة هى قيمة

(١) المفتى ج ٥ ص ٣٢٤ ، ص ٣٢٥

(٢) المفتى ج ٥ ص ٣٢١ ويقول إنه رأى أكثر أهل العلم به يقول أصحاب الرأى والشافعى وخالف الحسن وسوار . وقالوا الشفعة لا تجب إلا إذا كان الثمن مثلياً لوجوبها بمثل الثمن وتعذره فى القيمى .

الثلث لقيمة المبيع لأن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري فإن تعذر لزوم الفناء بقيمة ما يملك به المشتري كي تتحقق المماثلة ولو في المعنى ^(١) مع ملاحظة ما ذكره الفقهاء الذين يثبتون الشفعة فيما خرج بعوض غير مال ^(٢) فلو كان الثلث خمرأ وكل من البائع والمشتري والشفيع ذمي لزم الشفيع أن يأخذ بمثله أما إذا كان الشفيع مسلماً فإنه يأخذ بقيمة الخمر وقت الشراء والأساس في تقدير القيمة هو يوم تمام العقد بين البائع والمشتري نهائياً لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقصان . ^(٣)

الثلث مؤجل ١٨٢ — إذا طار الثمن غير مال: إذا كان الثلث الذي أخذ به المشتري مؤجلاً أو مقسطاً واستحق الشفيع المبيع بالشفعة فما للثلث الواجب. اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعاً لاختلاف وجهات نظرهم في معنى المماثلة المقصودة من تملك الشفيع بمثل ما تملك به المشتري هل المقصود المماثلة قدراً ووصفاً أم المقصود المماثلة في القدر المالي فقط وعلى ضوء هذا نسوق لك أقوال الفقهاء . ^(٤)

أما الإمام أبو حنيفة ومحمد فيريان أن الشفيع مخير بين أن يأخذ المبيع بثمن حال يدفع للمشتري ويبقى الأجل للمشتري يدفع الثلث للبائع عند حلوله وبين أن يطلب طلب الموائبة والتقرير ليتأكد حقه ويتقرر ثم ينتظر حتى يحل موعد دفع الثلث فيأخذ المبيع ويدفع الثلث وليس له عندهما أن يأخذ المبيع للحال بثمن مؤجل لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع والأجل وجب بالشرط للمشتري نفسه ، ولأن الناس يتفاوتون في الأمانة والوفاء

الإمام وصاحبه
والشافعي

(١) البدائع ٥ ص ٢٦ وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المبيع إذ المصير إلى قيمة المبيع عند تعذر إيجاب المسمى من الثمن هو الأصل في الشريعة وقد تعذر هنا ، . وراجع ابن عابدين ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

(٢) وينبغي أن ترجع في هذا إلى بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) المغني ٥ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ وابن عابدين ٥ ص ١٦٠ .

(٤) البدائع ٥ ص ٢٧ تكملة الفتح ٧ ص ٤٢٨ ، المغني ٥ ص ٣٢٣ ، ابن عابدين

٥ ص ١٥٧ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ٢٤٤ المبسوط ١٤ ص ١٠٣ .

بالحق والقدرة على السداد وهو مذهب الشافعي الجديد غير أنه يروى عن أنى يوسف أنه لا يرى ضرورة لطلب الشفيع إن اختار الانتظار حتى موعد الأجل إذ الطلب يقصد منه إمكان أخذ البيع فما دام له أن يؤخر الأخذ حتى يحل الأجل فكذا له أن يؤخر الطلب أما زفر من الأحناف فيرى أن من حق الشفيع أن يملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري من ناحية القدر والصفة حتى تتحقق المماثلة بينهما وهو مذهب الشافعي القديم .

وذهب بن حنبل مذهب زفر غير أنه اشترط أن يكون الشفيع مليئاً « موسراً ، أو يحضر كفيلاً مقتدرأ إن كان معسراً كي يطمئن المشتري على ثمنه ، ومالك قال إنه يلتزم ما التزم به المشتري فإن كان قدم رهناً أو كفيلاً فعل مثله وإن كان لم يقدم شيئاً وكان محل ثقة البائع لزم الشفيع أن يقدم كفيلاً مقتدرأ أو رهناً إلا إذا كان موسراً فيسرى عليه ما حدث مع المشتري والقانون المدني الجديد في المادة ٩٤٥ يرى أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع فهو بهذا ينظر إلى الاكتفاء في تحقق المماثلة في القدر دون الوصف ، وقد يكون في هذا من عدم تكافؤ الفرص ما فيه مما يعتبر به الشفيع مغبوناً وينبغي أن تكون المسألة محل نظر وخصوصاً إذا كان الشفيع مليئاً أو قدم ضامناً مقتدرأ كما يقول الفقهاء .

أحمد بن حنبل
ومالك

القانون

١٨٣-**التقصير في التهمة:** وأياً ما كان الثمن حالاً أو مؤجلاً فإذا أحدث المتعاقدان فيه تغييراً بأن حط البائع عن المشتري بعضه فإن كان (٢) هذا قبل أن يصير العقد نهائياً ولازماً فإنه يسرى على الشفيع اتفاقاً أما إذا كان بعد أن أصبح العقد لازماً ليس لأحد فيه خيار شرط انتفع به الشفيع أيضاً فيتملك المشفوع فيه بما بقي من الثمن بعد الحط سواء في ذلك ما إذا حط البائع قبل أن يطلب الشفيع الشفعة لأنه يأخذ المبيع بمثل ما يأخذ

(١) البدائع ٥ ص ٢٧ ، ابن عابدين ٥ ص ١٥٩ ، تكملة الفتح والعناية ٧ ص ٤٢٧ ، المغني ٥ ص ٣٢٢ :

(٢) البدائع ٥ ص ٢٧ ، المبسوط ١٤ ص ١٠٧ ، ابن عابدين ٥ ص ١٥٩ ، تكملة الفتح والعناية ٧ ص ٤٢٧ ، المغني ٥ ص ٣٢٢

به المشتري ، أو بعد أن يطلب الشفيع الشفعة . لأن من حقه أن يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري ، وأن الفرق الذي حطه البائع عن المشتري من الثمن يجب أن يظهر في حق الشفيع لأنه ملزم بدفع الثمن أيضا ، وسواء في ذلك أكان الحط قبل أداء الثمن أم بعد الأداء إذا الحط من الثمن يلتحق بأصل العقد . فإذا باع شخص لآخر حصته في عقار معين بمبلغ ألف جنيه وبعد تمام العقد والقبض تقدم الشفيع فطالب بالشفعة ، وتملك المشفوع فيه ثم حط البائع عن المشتري بعد ذلك مائة جنيه من الثمن . كان من حق الشفيع أن يرجع على من دفع إليه ثمن المشفوع فيه بالفرق إن كان قد دفع الثمن أو يدفع له تسعمائة جنيه فقط إن لم يكن قد دفع الثمن وكذلك إذا تم العقد على ألف ثم حط البائع عن المشتري من الثمن مائة وجعله بتسعمائة بعد أن طلب الشفيع وقبل أن يقبض الثمن من المشتري . أو قبل أن يطلب الشفيع من باب أولى .

وعلى هذا إذا باع البائع عقاره بألف جنيه وبعد العقد عرضه المشتري على الشفيع فأعرض ثم حط البائع بعد إعراض الشفيع مائة جنيه عن المشتري ولم يقبض منه سوى تسعمائة أورد إليه مائة جنيه فإن من حق الشفيع أن يأخذ المبيع بالباقي من الثمن ، ولا يعتبر الإعراض السابق مسقطا للشفعة لأن الثمن الذي أخبر به ظهر أنه أكثر مما علم .

ولا فرق في ذلك جميعه بين ما إذا استعمل البائع في حط بعض الثمن عن المشتري أى لفظ فإذا جعله في صورة الهبة أو في صورة الإبراء فكله سواء يظهر فيه حق الشفيع لأنه يلتحق بأصل العقد . أما إذا كان النقصان هبة حقيقة فإنها لا تظهر في حق الشفيع بعد القبض (١) .

الشافعي وأحمد بن حنبل : يوافقان الأحناف على أن الحط يظهر في حق الشفيع لكن بشرط أن يكون الحط قبل لزوم البيع ، وقالوا إذا حط البائع

الشافعي وأحمد

عن المشتري بعض الثمن قبل تمام العقد ولزومه بأن كان الثمن ألف جنيه ولا أحدهما خيار الشرط ثم في مدة الخيار جعله البائع للمشتري تسعاية وانعقد العقد على ذلك فإنه يظهر في حق الشفيع فيتملكه بمبلغ تسعاية جنيه لأن العقد تم عليها وهو يتملك بما تم عليه العقد . أما إذا كان حط البائع من الثمن عن المشتري قد حدث بعد أن تم العقد وأصبح لازماً فلا يستفيد الشفيع بشيء من ذلك لأن العقد لم ينعقد عليه .

٨٤- مط. جميع الثمن : أما إذا حط البائع عن المشتري جميع الثمن أو وهبه له . فإن ذلك لا يظهر في حق الشفيع لأنه لا يلتحق بأصل العقد كي لا يبقى البيع بلا ثمن ، والشفيع يتملك المشفوع فيه بما يتملكه به المشتري ، ولا جائز أن يتملكه الشفيع بالمجان ، ولا يجبر المتبرع على التبرع لغير من يريد التبرع له . وهو في الواقع أصبح كأنه هبة ، والشفعة لا تثبت في الموهوب . لكن لما كان العقد قد أخذ صورة البيع أولاً وتم العقد على أنه معاوضة ، وأن ملكية العقار خرجت في مقابلة الثمن الذي قدره . فإن حق الشفيع قد تعلق بالمبيع بمجرد تمام العقد ، والثمن قد تعين فعلاً . لذلك ثبتت الشفعة رغم أخذ العقد صورة الهبة ولأن تصرف البائع بعد تمام العقد بحط جميع الثمن عن المشتري محاولة منه لتغيير الوضع الذي تم عليه العقد لإضرار الشفيع وإسقاط حقه وهو بهذا يحاول نقض ما تم من جهته ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

فإذا باع شخص لآخر عقاراً بألف جنيه وبعد تمام العقد ولزوم البيع حط عنه جميع الثمن ، أو وهبه له صراحة فهل يسقط حق الشفيع ؟ - وإن كان الأصل أن الهبة تمنع الشفعة لأن العقار يخرج من ملك صاحبه بغير عوض والشفيع إنما يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري غير أن العقد هنا قد أخذ صورة المعاوضات ، وتم على أنه بيع وتعلق به حق الشفيع فعلاً . لذا ثبت له حق الشفعة ويأخذ المشفوع فيه بالثمن الذي كان مقدراً له إن كان البائع تنازل بعد أداء المشتري الثمن ، وإلا فالشفيع يتملك العقار بقيمته نفسه

لتلاشى المعاوضة بين البائع والمشتري . ويستوى في هذا ما إذا كان البائع قد حط عنه قبل أن يطلب الشفيع أم بعد طلبه .

الزيادة في الثمن ١٨٥ — الزيادة في الثمن: إذا زاد البائع^(١) في ثمن العقار المبيع قبل تمام العقد ولزومه أى في مدة خيار الشرط مثلاً وانبنى العقد عليها لزمت المشتري والشفيع لأن العقد بين المتعاقدين تم على أن الزيادة جزء من الثمن وأن الإيجاب والقبول تم بينهما التلاقي على أساسها . أما إذا جاءت هذه الزيادة بعد لزوم العقد فلا تلزم الشفيع لتملكه بالثمن الذى تم عليه التعاقد — والفرق بين الحط والزيادة . هو دفع الضرر عن الشفيع ومنع التحايل .

الفصل الرابع

تملك الشفيع واستحقاق الغير للمبيع

١٨٦ - الآثار المترتبة على طلب الشفعة: بعد أن يطلب الشفيع الشفعة في المبيع على الوجه السابق بيانه بعد أن يتوفر له سببها وشروطها . فما الذي يملكه الشفيع ومن أي وقت تثبت ملكيته . وهل يعتبر العقد الذي بين البائع والمشتري قائما أم منقضيا . كل هذا من آثار طلب الشفعة وإليك التفصيل

الآثار المترتبة على طلب الشفعة

١٨٧ - ما يملك الشفيع : يملك الشفيع كل ما تملكه المشتري بعقد الشراء من عقار وما اتصل به وقت البيع من بناء وشجر وكذا ما كان من زرع وثمر - إذا نص عليهما في العقد إذ الزرع والثمر لا يدخلان في عقد البيع من غير نص عليهما فيه لأنهما لا يتبعان الأرض والشجر عادة عند التعاقد على البيع ولا يقصدان بالبيع - وكان القياس يقضى بعدم ثبوت الشفعة فيما عدا العقار عند من قصرها على العقار فقط لكن الفقهاء جميعا أثبتوا الشفعة تبعا استحسانا لأنها تابعة للعقار إما بنفسها وإما بتبعية أصلها والتابع يأخذ حكم المتبوع يقول الكاساني (١) ، القياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة لأن الشفيع إنما يملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وهو يثبت في العقار وهذه منقولة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لذاتهما لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلا يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا ولكن الاستحسان اقتضى ثبوت الشفعة فيه وتملكه الشفيع تبعا لأن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لأن حكم التبع حكم الأصل وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال فيبقى فيها الحق ،

(١) راجع في هذا البدائع ج ٥ ص ٢٧ إلى ٢٩ فقد فصل المسألة وبين الأوجه فيها وفرق بين ما وجد عند العقد وما وجد بعد العقد من غير استحداث الشفيع ، كالشجر إذا أثمر أو ما وجد بعد العقد باستحداث الشفيع .

موقت ثبوت ملكية
الشفيع وطريقها

١٨٨ - وقت ثبوت ملكية الشفيع وطريقها :

ملكية الشفيع للمشفوع فيه تثبت إما برضاء المشتري مع تسليم المبيع للشفيع .
إذ مجرد رضاء المشتري في الشفعة لا يكفي لنقل الملكية لأن الشفعة حق ضعيف
فكان لا بد من التسليم - بخلاف البيع فإن الملكية تنتقل به من غير توقف
على الاستلام - وإما أن تثبت ملكية الشفيع عن طريق القضاء - إذا عارض
المشتري في حق الشفيع للمشفوع فيه - بمجرد صدوره من غير توقف
على الاستلام .

وعلى كل فملكية الشفيع للمشفوع فيه تبدأ من وقت ثبوتها سواء أكان
ذلك بحكم قضائي أم بالتراضي مع التسليم إذ التملك بالشفعة يعتبر شراء
جديدا في حق الشفيع . أما قبل ذلك فهو ملك للمشتري ثبت له عن
طريق عقد شراء صحيح . ويترتب على هذا أن ما جد لهذه العين المشفوع
فيها من منافع وغلات لم تكن موجودة وقت العقد فإنها تكون للمشتري
إذ هي نماء ملكه وثمره مجوده . غير أنه دفعا لاحتمال الضرر منع المشتري
من إحداث شيء في المبيع حتى يتبين موقف الشفيع . وقد نقل لنا ابن
قدامة ما بين الفقهاء من خلاف في الوقت الذي يبدأ منه تملك الشفيع
فقال (١) ، يملك الشفيع - المشفوع فيه - بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه
بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن ماداما معلومين ولا يفتقر إلى
حكم حاكم . وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة
لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالأيجاب في البيع
إنضم إليه القبول . وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لأنه نقل الملك عن
مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم الحاكم . . . ، ولعلك من هذا تبين أن
اعتبار الشفعة سببا للملكية في مقابلة العقود هو عند غير الأحناف فالشفعة

(١) راجع المغني ٥ ص ٢٩٧ فقيه تطيل وجهات النظر أيضا وراجع أيضا منح الجليل

شراء جديد في حق الشفيع فهي من قبيل التملك بالعقود ويكون أفرادها بالذكر لحفاء هذا المعنى وعدم وجود عقد ظاهر .

X ١٨٩ - هل الشفعة شراء على البائع أم على المشتري :

الشفعة شراء على
المشتري أم على
البائع

وما دام الفقهاء قد قالوا إن الشفعة تعتبر شراء جديدا في حق الشفيع فعلى من يقع هذا الشراء هل على البائع أم على المشتري وما حكم العقد الذي بين المتبايعين ؟ قالوا إذا كان المبيع في يد المشتري تملكه الشفيع منه سواء أكان طريق التملك القضاء أم الرضاء مع التسليم . ولزمه أن يدفع الثمن إلى المشتري إذ التملك وقع عليه فيعتبر أنه قد اشترى منه فعلا أو حكما إن كان بالقضاء وتكون العهدة هنا على المشتري إذا ظهر للمبيع مالك آخر يستحقه غير بائعه الأول . وهو بدوره يرجع على البائع بالثمن لأن العقد الذي بينهما صحيح لم ينقض .

أما إذا كان المبيع في يد البائع لم يتسلمه بعد وقضى للشفيع بالشفعة عليهما . مصر العقد الأول فبعض الفقهاء يقول : إن العقد الأول الذي بين البائع والمشتري قائم لم ينقض بل تتحول الصفقة من المشتري إلى الشفيع كي لا يتعذر الأخذ بالشفعة إذا قلنا بنقض العقد الأول إذ الشفعة لا توجد إلا تبعاً لوجود هذا العقد وقال الآخرون : ينقض هذا البيع وينعقد للشفيع بيع آخر ويفترضون البائع كأنه قد صدر منه إيجابان أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع وحكم القاضى هو الذى ينقض أحد الإيجابين . وقالوا : إنه لو حكم القاضى للشفيع مع اعتبار العقد الأول قائماً لترتب عليه عجز المشتري عن تملك المبيع وهذا مبطل لعقد البيع إذ من شروطه القدرة على تسليم المبيع ، وفوق ذلك فإنهم قالوا من المتفق عليه أن للشفيع الحق في أن يرد المبيع للبائع مادام قد تسلمه منه من غير أن يراه ، كما أن إبراء المشتري للبائع من كل عيب لا يلتزم به الشفيع ومن حقه رده بالعيب الذى يظهر فيه^(١) - وسيأتى بيان كل ذلك عند الكلام عن العقد في الكتاب الخامس إنشاء الله - والذى يطالب

(١) راجع في هذا المبسوط ١٤١ ص ١٥٧

بالتن عند استحقاق الغير للمبيع هو من تسلم منه الشفيع أى البائع هنا وعن
أبى يوسف أن المشتري هو الملزم أمام الشفيع سواء أكان قد تسلم منه أم من
البائع ، وعلى كل فقد طال الجدل فى هذا فارجع إليه (١)

١٩٢ — ظهور بطارية ملكية البائع للمشفوع فيه : فإذا ثبتت ملكية الشفيع
للمشفوع فيه على أى وجه كان ثم ظهر أن ملكية البائع للمشفوع فيه باطلة
وقد نازعه آخر فى ملكيته واستحققه بحكم قضائى فما موقف من حكم له
بالاستحقاق إزاء الشفيع وإلى من يرجع الشفيع إذا انتزعه من استحققه منه .
يقول الفقهاء : إن الذى حكم له باستحقاق العقار مخير بين أن يحيز
هذه التصرفات التى حدثت من بيع وشفعة ويأخذ الثمن ممن تحت يده العقار
لأنه خصمه وعقاره تحت يده فتعلق به حقه وإما أن يبطل هذه التصرفات
ويسترد عقاره ممن هو تحت يده بائعاً أم مشترياً أم شفيعاً أم غيرهم ويقول
الأحناف حتى لو صار مسجداً أو مدرسة أو كان قد تصرف فيه بوقفه على جهة
خير ، وذلك لأن ملكيته قد ظهر أنها ملكية باطلة وأنه ملك الغير .

١٩٢ — من يضمن للشفيع مقبوعه استحقاق الغير للمبيع :
من يضمن للشفيع

بيننا قبل أن الأحناف يرون أن العهدة عند استحقاق المشفوع فيه لغير
بائعه إنما تكون على الذى تسلم منه الشفيع العقار وقت التملك سواء أكان
البائع أم المشتري وقد فصلنا رأى عند الأحناف قبل ، لكن الأئمة مالك
والشافعى وأحمد يجعلون العهدة على المشتري مطلقاً وهو بدوره يرجع على
البائع وهناك من الفقهاء غير أصحاب المذاهب من قال : إن العهدة
على البائع مطلقاً وعلى كل فالخلاف فى هذا يرجع إلى الخلاف السابق فالذين
يقولون برجوع الشفيع على المشتري يعللون بأن الشفعة إنما وجبت للشريك

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٠ العناية وتكملة الفتاوى على الهداية ج ٧ ص ٦٠٢
٤٢٢ إلى ٤٢٤ ابن عابدين ج ٥ ص ١٥٨ المفتى ج ٥ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ والمبسوط ج ١٤ ص ١٠١ ، ١٠٢ ، ٦٠٢

بعد حصول ملك المشتري فوجب أن تكون العهدة عليه لأن الشفيع إنما تملك عليه هو والآخرين يرون أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع وقد طرأت الشفعة فنقضت عقد البيع وثبت الحق للشفيع بإيجاب مقدر صدوره من البائع فالملك إنما كان على البائع فلزم أن يرجع عليه يقول (١) ابن قدامة : « إن الشفيع إذا أخذ المشفوع فيه فاستحقه غير بائعه فإنه يرجع بالبائن على المشتري ويرجع المشتري على البائع سواء أكان الاستلام من البائع أم من المشتري وبهذا قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري وقال أبو حنيفة : « إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه . . . » أما القانون فمعد جعل العهدة على البائع مطلقا كما قال غير الأحناف إذ نصت المادة ٥٤٥ الفقرة الثالثة « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، .

١٩٢٧ — ما الذي يرجع به الشفيع إليه لأنه قد أثمرت زيادة في العقار : ما يرجع به الشفيع إن أحدث زيادة

فإذا كان الشفيع قد أحدث في المشفوع فيه زيادة ، فإن كانت الزيادة يمكن فصلها عن العقار من غير إحداث ضرر فيه أخذها الشفيع وسلم العقار لمستحقه خاليا أما إذا كان فصلها يضر بالعقار ، فإن الشفيع يمنع من أخذها ويتملكها المستحق مع عقاره ويدفع قيمتها هالكة لا قائمة . هذا عند غير الأحناف . أما الأحناف فيرون عدا أبي يوسف منهم أن الشفيع لا يرجع على من تملك منه إلا بما دفعه فقط من ثمن ، ولا يرجع بالفرق بين قيمة ما تكلفه في الزيادة التي أحدثها بالعقار وبين ما يأخذه من حكم له بالاستحقاق . وذلك لأن الشفيع أخذ العقار بالشفعة جبرا عن المشتري والبائع فلا يرجع على أحد منهما بشيء مما تكلفه ، ولا ضرر في هذا بخلاف ما إذا كان الذي زاد

(١) راجع المفتي ٥٥ س ٣٣٤ ، بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ .

هو المشتري ، ولا يوجد شفيع في المسألة . فإن للمشتري الحق في أن يرجع على البائع بالفرق إذا كان يجهل هذا الاستحقاق . لأن البائع قد غرر به . وروى عن أبي يوسف (١) . أنه يعتبر الشفيع كالمشتري تماما ويفرق بين من يعلم باستحقاق هذا المستحق من قبل ، والذي لا يعلم عن هذا الاستحقاق شيئا وقال إن الذي يعلم لا يأخذ تعويضا عن خسارته لأنه كان يعلم بأن الملكية غير خالصة للبائع فلم يغرر به أحد بخلاف الذي يجهل هذه الحقيقة فهو قد خدع لا محالة .

(١) راجع في هذا الهداية ج ٤ ص ٢٦ ، العناية وتكملة الفتح ج ٧ ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ابن عابدين ج ٥ ص ١٦١ ، البدائم ج ٥ ص ٣٠

القسم الثالث X

« التصرف في المشفوع فيه ومسقطات الشفعة »

الفصل الأول

تصرف المشتري في المبيع قبل تملك الشفيع

المشتري حق التصرف

١٩٣ — عقد الشراء يجعل للمشتري حق التصرف: — قلنا إنه بمجرد إتمام العقد بين البائع والمشتري انتقلت ملكية المبيع للمشتري وكان له أن يتصرف في رقبته ومنفعته بكل أنواع التصرفات سواء أكان تصرفا ناقلًا للملكية كالبيع والهبة والوقف أو جعله صداقا أو أجرا أو جعله مسجداً أم كان تصرفا مقررًا حقًا للغير كالرهن والإجارة والإعارة أم كان تصرفا منه شخصيا في المبيع بالزيادة أو النقصان كالبناء والهدم والغراس والزرع وله أن يستغله وينتفع بغلته بكل أنواع الاستغلال المشروعة .

للشفيع حق التملك وإبطال التصرف بشروط

١٩٤ — الحكم لو قضى للشفيع بعد شيء من هذه التصرفات: — فإذا كان لهذا العقار شفيع غائب أو حاضر أعرض عن الشفعة على أساس خبر ظهر كذبه ولما علم بالبيع والحقيقة طالب بالشفعة وقضى له وانتقلت الملكية إليه فماذا يكون موقف الشفيع مع المشتري؟ قلنا إن ملكية الشفيع لما يشفع فيه لا تثبت إلا من وقت الحكم له بالشفعة أو من وقت تسليم المشتري له (١) وقد تصرف المشتري في شيء مملوك له تصرفا صحيحا نافذا . وبذا نكون أمام عاملين متناقضين ملكية المشتري تبيع له حق التصرف المطلق ، وحق الشفعة يثبت للشفيع حق تملك المبيع إذا رغب في ملكيته ولو جبرا عن المشتري

(١) راجع ما تقدم في هذا

مادام قد توفر له سبب الاستحقاق وتحققت معه الشروط . لهذا كانت تصرفات المشتري وإن وقعت صحيحة نافذة من وقت إتمامها إلا أنها لا تبطل حق الشفيع الثابت على العقار ولا تمنع من طلبه الشفعة وإبطال ما تم من التصرفات لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى .

١٩٥ - التصرفات النافذة للمالك والمقررة بمقال للغير: - فإذا كان المشتري قد تصرف في المشفوع فيه تصرفاً ناقلاً للملكية يبيعه أو جعله مهراً أو نظير أجر عمل أو وقفه أو هبته أو جعله مسجداً أو مقبرة للناس أو غير ذلك أو كان غير ناقل للملكية وإنما قد قرر حقاً للغير على العقار كرهنه ضماناً لدين أو تأجيريه أو إعارته فالأحناف والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد يرون نقض كل هذه التصرفات من تاريخ تملك الشفيع على الخلاف السابق ذكره فيما يكون به التملك هل بالحكم أم بالطلب فله عند تملكه أن يخلص ملكه من ملك الغير أو يرفع عنه الحق الذي تعلق للغير به ليتخلص له إذ هو ملكه يقول صاحب تنوير الأبصار ^(١) ينقض الشفيع جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة والهبة ..، ويروى لنا ابن قدامة أن أحمد بن حنبل يسقط الشفعة إذا كان تصرف المشتري في العقار يجعله غير قابل لحق الشفعة وإليك ما يقول ^(٢) : « إن تصرف المشتري في المبيع بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فيرى مالك والشافعي وأصحاب الرأي أن من حق الشفيع فسخ ذلك التصرف وأخذه بالثمن الذي وقع البيع به لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى ولا مانع من إبطال الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على الثلث . وفي رواية أخرى عن أحمد تسقط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، ولأن في الشفعة هنا إضرار بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكيته تزول عنه

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٥ ص ١٦١ .

(٢) المغنى ج ٥ ص ٣٣٥ والمبسوط ج ١٤ ص ١١٣ / ١١٤ .

بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر ، ويقول ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها وسقط حق الشفيع ولعل المسألة تختلف فيها بين الأحناف إذ يقول السرخسي (١) لو اتخذ المشتري الدار مسجداً كان للشفيع أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة لأن حق الشفيع في هذه البقعة مقدم على حق المشتري فلم يكن المسجد خالصاً لله فهو في معنى مسجد الضرار لأنه قصد الإضرار بالشفيع . وهو ظاهر الرواية . وروى عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة إعتاق العبد فحق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجداً هذه هي أقوال الفقهاء فيما إذا اتخذ المبيع محل عبادة ثم طلب بالشفعة . هذا والفقرة الثالثة من المادة / ٩٣٩ من القانون تنص : إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فلا يجوز الأخذ بالشفعة ،

شرط إبطال هذه
التصرفات والتمن
الواجب

X ١٩٦ - متى يحى له إبطال هذه التصرفات وما التمن الواجب : قلنا إن الشفيع من حقه إبطال تصرفات المشتري الناقلة للملكية والمقررة حقاً للغير لكن لما كان حق الغير قد تعلق بالعقار ، وحق الشفيع ثابت عليه أيضاً . فيكون قد تعلق بالمبيع حقان حق الشفيع وحق الغير لذلك قال الفقهاء إن الشفيع لا يملك نقض هذه التصرفات إلا إذا كان تملك المشفوع فيه بحكم قضائي إذ يكون حكم القاضي قد أظهر أن حق الشفيع في المبيع أقوى من حق المشتري ، وأن تصرف المشتري فيه - مع تعلق حق الشفيع به مضر بالشفيع ، والقاضي لا يحكم إلا بعد أن يثبت له أن حق الشفيع قائم . أما إذا كانت ملكية الشفيع للمشفوع فيه جاءت عن طريق التسليم والتراضي بينه وبين المشتري فإنه لا يملك نقض ما تم من هذه التصرفات مخافة التواطؤ بينهما للإضرار بأصحاب الحق . (٢)

(١) المبسوط - ١: ٤ من ١١٣ و ١١٤

(٢) مع ملاحظة ما يقول الأحناف أن الواجب يملك الرجوع في الهبة المطلقة حتى بعد

القبض إلا إذا منع مانع راجع ككتابنا الأموال والالتزام في الفقه الإسلامي ص ٣٣٩

ولا فرق بين حدوث هذه التصرفات قبل علم الشفيع بالبيع أو بعد علمه لأنه كان من واجب المشتري إخطاره ليتبين رأيه ، ويخلص له ملكه إذا ما أعرض عن الشفعة أو أن يسلمه إليه من غير إحداث تصرف فيه إذا ما تمسك بحقه . غير أنه يستفاد مما رواه لنا ابن قدامة وسقناه لك عن رواية أحمد بن حنبل الثانية بسقوط حق الشفيع بالوقف والهبة والتصدق ، أنها تنصب على ما إذا كان التصرف قبل علم الشفيع ، أما بعد طلب الشفيع فلا شك في إبطالها لأنه إعتداء صريح .

X ١٩٧ - بأى المقدين يأخذ الشفيع إذا تصرف المشتري بالبيع : يأخذ الشفيع بأى المقدين إذا باع المشتري

الشفيع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثانى وأخذ بالبيع الأول بشمته لأن حقه فى الشفعة متعلق بالعقار من قبل التصرف وبمجرد تملكه ، وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثانى لأنه شفيع فى العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما (١) وهكذا لو تم التبايع فى المشفوع فيه عدة مرات فإذا باع شخص لآخر دارا بمبلغ ألف جنيه ثم باعها هذا المشتري لآخر بألف ومائتين وكان لهذا العقار شفيع طالب بالشفعة فى العقار فإنه مخير فى أن يأخذ العقار بالشفعة بمقتضى البيع الأول أو البيع الثانى لأن سبب الشفعة ثابت له فى كلا العقدين فإن طالب بالشفعة بمقتضى العقد الأول لزمه ما قام على المشتري الأول من ثمن وموثة وبهذا يبطل البيع الثانى إذ الملك إنما ثبت للمشتري الثانى بناء على ملكية بائعه المشتري الأول ، وقد زالت هذه الملكية بالحكم للشفيع ، وإن أخذ الشفيع العقار بمقتضى عقد البيع الثانى لزمه أن يدفع ما قام على المشتري الثانى من ثمن وموثة ولزم الأول إذ أن الشفيع بهذا يعتبر مقرا له ويصير طلب الشفعة هنا طلبا عاديا أى أن المشتري لا يعتبر متصرفا فى العقار تصرفا ناقلا للملكية ولذا فإنه يصح للشفيع أن يملكه بالقضاء أو التسليم مع الرضاء يقول ابن قدامة (٢) ، ولا نعلم فى هذا

(١) البدائع ٥ ص ٦ ، ٧ المغنى ٥ ص ٣٠٨ ، المبسوط ١٤ ص ١٠٨

(٢) المغنى ٥ ص ٣٠٩

خلافاً وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما
تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكر ، وإن كان مما لا تجب فيه الشفعة فهو
كالهبة والوقف ، فإذا أخذ الشفيع بمقتضى العقد الأخير وكان لا يعلم بالبيع
الأول ثم بعد أن تملك بالشفعة علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض ما أخذه
واعتبر مقرأ للبيع الأول وبطلت شفيعته فيه (١)

١٩٨ — من الذي يخاصم الشفيع: قلنا إن الشفيع إما أن يملك بمقتضى العقد من الخصم للشفيع
عند وجود يمين

الأول أو الثاني فإن طلبها على أساس العقد الأخير فالأمر ظاهر لأنه سيخاضم
المشتري الأخير وهو في نفس الوقت واضع اليد وبذا يكون العقد الأول
لا شفعة فيه البتة ويصبح المشتري الأول أجنبياً عن النزاع لأصله له إلا
باعتباره بائعاً فقط فيمثل في الدعوى فقط إن كان المبيع في يده كما قلنا من
قبل . أما إذا أراد الشفيع أن يملك بمقتضى العقد الأول فمن يكون الخصم
في الدعوى يقول أبو يوسف يخاضم من في يده العقار سواء أ كان المشتري
الأول أم الثاني ويدفع الثمن له وهو يرجع على الأول بالنقصان ، وعند
أبي حنيفة ومحمد يخاضم المشتري الأول (٢) لأنه سيتملك عليه هو بالعقد
الذي اشترى به واعتبر العقد الثاني باطلاً لا وجود له وفي هذا يقول
ابن قدامة (٣) « وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي
اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثاني على الأول بما أعطاه فإذا كان
الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين رجع الثاني على الأول
بالعشرين مع أن الشفيع سيمتلكه بالعشرة ،

١٩٩ — نظرة القانون فيمن يملك عليه الشفيع: فرق القانون بين حالة الخصم عند وجود
يعين في القانون

(١) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٨١

(٢) » » ج ٥ ص ١٧٧ ، المبسوط ج ١٤ ص ١٠٨

(٣) المغني ج ٥ ص ٣٠٩

المدنى الجديد تناولت الحالة الأولى ، إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، ثم تناولت المادة ٩٤٧ الحالة الثانية فنصت : لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ، ولا أى حق عينى رتبته أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آت إلى المشتري من ثمن العقار ،

٢٠٠ - لو وقف المشتري المبيع أو وهبه أو تصدق به وتملكه الشفيع فلمن الثمن ^{الثن يدفع للمشتري كم جعل البيع مهوراً أو هبة}

أما إذا كان قد تصرف المشتري فى العقار تصرفاً ناقلاً للملكية لكنه خرج من ملكه مهوراً لامرأة تزوجها أو صدقة لطائفة من الفقراء أو هبة أو وقفاً على جهة أو أفراد أو نظير أجر عمل الأجير أو بدل منفعة شيء تملكها بعقد إجارة أى لم يأخذ فى نظيره عينا أو كما يرى الأحناف خرج من ملكه بعوض ليس بمال ثم قضى للشفيع به فلمن يدفع الثمن ؟ روى (١) عن الإمام مالك أنه يقول يدفع الشفيع الثمن للزوجة والمتصدق عليهم والموهوب لهم والموقوف عليهم والأجير ومن له أجر المنفعة لأن الشفيع فى الواقع إنما يأخذ ملكهم ، والآخرى يلزمون الشفيع بأن يدفع الثمن للمشتري نفسه لا لأحد هؤلاء لأن الشفيع بطلبه الشفعة إنما أبطل التصرف وتملك المبيع ، والزوجة ترجع على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحقه الغير (٢) بحكم العقد الأول ، أما فى الخصومة فالإمام أبو حنيفة ومحمد يريان أن الشفيع يخاصم المشتري نفسه لا الزوجة أو الموهوب له أو الموقوف عليه إلى غير هؤلاء إلا إذا كان العقار تحت يد أحد هؤلاء فلا بد أن يخاصمهما معا . وقال أبو يوسف يكفى مخاصمة من فى يده العقار (٣)

(١) المغنى ٥ ص ٣١٠

(٢) المبسوط ١٤ ص ١٠٩

(٣) المبسوط ١٤ ص ١٠٩

٢٠١ - تصرف المشتري في العقار بما يزيد أو ينقص فيه : تتكلم هنا عن تصرف

تصرف المشتري
في المبيع بما يزيد
في قيمته أو ينقص

المشتري نفسه في العقار مع بقاء ملكيته وعدم وجود حق للغير عليه وهذا التصرف إما أن يزيد في قيمة العقار وإما ينقص من قيمته . وما كان به الزيادة إما أن يكون متصلا بالعقار بحيث لو أردنا فصله لا نعدمت قيمته كطلاء الدار ودهان الأبواب وتسميد الأرض وغسلها بالماء لإزالة ما بها من سبخ ، وإما أن يكون ما به الزيادة يمكن فصله وهذا إما أن يكون له موعد معين يفصل فيه كالزراع القمح والقطن والأذرة إلى غير ذلك مما ينتهي ويقلع من الأرض في وقت معين وإما أن يكون يمكن فصله وليس له موعد معين يفصل فيه كغرس الأشجار وإقامة البناء . وأما الذي ينقص قيمة العقار فإما أن يكون بنقصان العقار نفسه كأن تكون أرضا على شاطئ النيل فطغت عليها المياه واقتطعت منها جزءا - كما يحدث النيل في أرض الجزائر - أو بنقصان شيء تبع العقار بالنص عليه في العقد ولو لم ينص عليه لما دخل في العقد كالزراع في الأرض والثمر على الشجر فإن من اشترى أرضا في شهر أغسطس مثلا وبها قطن أو أذرة فإن العقد ينصب على نفس الأرض دون ما بها من زرع فلا يدخل هذا الزرع في ملكية المشتري إلا بالنص عليه في العقد وإما أن يكون بنقصان في شيء تابع للعقار من غير أن ينص عليه في العقد كالبناء والشجر في الأرض فإذا طلب الشفيع العقار المبيع وقضى له بالشفعة وكان المشتري قد تصرف بشيء من هذا فما الذي يجب أن يدفعه الشفيع ثمنا للعقار ؟

٢٠٢ - زيادة قيمة المبيع بشيء لا يمكن فصله : إذا كان المشتري شق

زيادة متصلة

في الأرض شيئا من المراوى والمصارف أو سمدها أو طلا الجدران أو دهن أخشابها إلى غير ذلك مما لا يمكن إزالته أو تنعدم قيمته بعد إزالته فإذا طلب الشفيع العقار كان له أن يملك بالثمن الذي دفعه المشتري والمصاريف الرسمية ويلتزم فوق ذلك بأن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات في قيمة العقار وقت العقد لا وقت التقدير فلا عبرة بتغير الأسعار كما لا ينظر إلى مقدار ما أنفق المشتري فعلا وإنما الأساس هو الثمن الأصلي ورسم التسجيل والعمولة زائدا قيمة ما زادته هذه التحسينات لو كانت موجودة وقت الشراء (١) فمثلا لو كانت

يدفع قيمة الزيادة

قيمة العقار وقت الشراء ألف جنيه من غير وجود هذه التحسينات وقيمه وقت العقد لو افترض وجود هذه التحسينات ألفاً ومائتين . ولو كان المشتري قد اشتراه بثمن هو ألف ومائة وصرف في تسجيله وعمولته خمسين جنيهاً فإن الشفيع إذا أراد أن يمتلكه يجب أن يدفع الثمن الذي هو ألف ومائة زائداً المصاريف التي هي خمسون جنيهاً كما يدفع ما أحدثته هذه الزيادة في قيمته وقت العقد وهي الفرق بين قيمته من غير التحسينات وقيمه مع افتراض وجود التحسينات وقت العقد وهو ألف ومائتان ناقص ألفاً ينتج مائتي جنيه وهي التي يجب أن يدفعها الشفيع . فكانه يلتزم بدفع مبلغ ألف وثلثمائة وخمسين جنيهاً ليمتلك المشفوع فيه .

٢٠٣ زيادة يمكن فصلها ولها نهاية معلومة

المشتري حياً أو قبطاً لم يثن وقت حصاده أو كانت حديقه فتعدها المشتري وأثمر شجرها ثم لم ينضج ثم طالب الشفيع في العقار بالشفعة وقضى له فقواعد الأحناف تقضى بأن الشفيع يلزم المشتري بقلع الزرع وقطع الثمرة ليتخلص له ملكه لكنهم استسحبوا بقاء الأرض في يد المشتري حتى ينضج الزرع والثمر ويتم حصاده لأنه إنما زرعه وأنيته في ملكه وقالوا إن المشتري يلزم بأجر المثل للشفيع عن المدة من وقت تملك الشفيع حتى وقت الحصاد كي لا يضار أحدهما وفي هذا يقول الإمام السرخسي^(١) وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لأنه زرع في أرض غيره فهو أجزأ بها منه ولأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه . وفي الاستحسان لا يأخذها حتى يحصد الزرع لأن المشتري زرع في ملكه حين زرع فلا يكون معتدياً ولأن لإدراك الزرع نهاية معلومة وفي قلع الزرع إضرار بالمشتري وضرر التأخير دون ضرر الإبطال ، وقد صرح صاحب

يترك الزرع للحصاد استحساناً

(١) المبسوط ج ١٤ ص ١١٥ ، ١٢٣ إلى ١٣٥ وراجع أيضاً في هذا البدائع ج ٥ ص ٢٩ فبارته (وأجمعوا على أن المشتري لو زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإنه لا يجبر المشتري على قلعها ولكنه ينتظر إدراك الزرع . ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الأرض بجميع الثمن) والذي يفهم من هذه العبارة أن الحكم نفسه يتأخر حتى حصاد الزرع والثمر وبذا لا يحل لأجر المثل .

الهداية (١) بأن المشتري يلزمه دفع الأجرة للشفيع عن المدة الباقية ، والزرع يقلع قياساً ولا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر ، من هذا تجد أن الأحناف منهم من يرى إلزام المشتري بأجر المثل عن المدة الباقية ومنهم من يرى حكم الشفعة يتأخر حتى يتم الحصاد والأرض على ملك المشتري أما غير الأحناف فيبقى الزرع حتى يحصد من غير أجر يقول ابن قدامة (٢) ، وإن زرع المشتري في الأرض فلا شفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري حتى الحصاد ولا أجرة عليه لأنه زرعه في ملكه وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له ويبقى إلى الجذاذ كالزرع ،

زيادة تفصل ولا تعلم نهايتها

X ٢٠ - زيادة قيمة العقار بما يمكن فصده وليس له نهاية معلومة :

إذا غرس المشتري في الأرض شجرة أو أقام عليها بناء ثم استحق الشفيع العقار فالإمام أبو حنيفة ومحمد وريان أن من حق الشفيع أن يلزم المشتري رفع البناء والشجر من الأرض ليتسلسلها خالية إلا إذا كان رفعها يغير الأرض وينقص منها فإنه يجبر المشتري على تركها ويأخذ الشفيع العقار بالثمن والمصاريف ويدفع للمشتري قيمة البناء والشجر على أنه أنقاض وأخشاب أى مستحقة الهدم والقطع لأن (٣) حق الشفيع كان متعلقاً بالأرض قبل البناء وبقي بعده فإذا تملك بالشفعة كان من حقه أن يتسلم ملكه ولا يمكن التسليم إلا بالنقص وإن كان ثمة ضرر بالمشتري فهو الذي أضر بنفسه حيث تعجل بالبناء والغراس في أرض تعلق بها حق الشفعة وكان ينبغي أن يستوثق من أن الشفيع غير راغب في الشفعة ، ولا يمكن إلزام الشفيع بأخذها قائمة إذ يترتب عليه إدخال شيء في ملكه قد لا يرغب فيه وكما يقول السرخسي ، وربما لا يكون موافقاً له فيحتاج إلى مؤنة لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي

الطرفان يريان الأزالة أو دفع قيمتها أنقاضاً

(١) الهداية ج ٤ ص ٣٦ وكذا العناية على هامش تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٣٣

(٢) المغني ج ٥ ص ٣١٩

(٣) البدائع ج ٥ ص ٣٠ والمبسوط ج ١ ص ١١٤ ، ١٣٣

يوافقه، وفي هذا إضرار به وهذا ظاهر الرواية في الفقه الحنفي ويرى أبو يوسف
من الأحناف ومالك والشافعي وأحمد أن الشفيع لا يجبر المشتري على قلع البناء
والغراس ولكنه يأخذ الأرض بثمنها والبناء والغراس بقيمته قائما غير مقلوع
إن شاء وإلا فيترك أي أن المشتري هو المخير بين أن يأخذ بناءه وشجره من
غير أن يضر الأرض أو يتركها للشفيع بقيمتها قائمة وإلا للشفيع أن يترك حقه في
الشفعة لأنه ليس من العدالة أن يجبر المشتري على إزالتها إذ فيه إتلاف له ولا
عدالة في أن يأخذها بقيمتها أنقاضا وخسبا فالمشتري لم يكن متعديا حين
أقام البناء وغرس الشجر لأنه أقام ذلك في ملكه والشفعة شرعت لدفع
الضرر عن الشفيع فلا ينبغي أن يترتب عليها ضرر الغير ولا ضرر
على المشتري حينما يأخذ قيمة ما أنشأ، ولا ضرر على الشفيع لأنه سيأخذ الشيء
بقيمته وضرر إدخال هذا في ملك الشفيع من غير رغبته أخف بكثير من
الضرر الذي يعود على المشتري لو كلفناه بالنقض والإزالة أو الزمناه بتركها
بقيمتها مستحقة القلع والقطع والضرر الأقوى يدفع بالضرر الأدنى وفي المغنى (١)
فإن لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء إما ترك الشفعة أو
دفع قيمة الزيادة مع ثمن العقار والمصاريف أو قلع الغرس والبناء ويضمن
له ما نقص بالقلع وبه قال مالك والليث والشافعي وغيرهم ولمعرفة القيمة تقوم
الأرض وفيها البناء والغراس ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس
والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع.

الأخرون يرون
أخذها بقيمتها
أو ترك الشفعة

٢٠٥ - غلة البيع ونماؤه في يد المشتري: ما تقدم كان حكم تصرف المشتري
في المبيع بما يحدث في قيمته زيادة وقت طلبه بالشفعة لكن هنا تتناول غلة
المبيع وثمرته وهو في ملك المشتري أو نمو الشجرة ولذا قالوا إنه إما أن يكون
نموا متصلا كالشجر إذا كثرت وتوالد فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأنها زيادة غير
متميزة فتبعت الأصل وإذا أخذ الأصل يتبعه نماءه المتصل، وإما أن يكون

(١) راجع المصادر السابقة في المواضع المذكورة

النماء منفصلاً كالغلة والأجرة فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه (١).

٢٠٦ — ما يزيد المشتري في نظر القانون: ما سبق هو تفصيل رأى الفقهاء فيما رأى القانون فيما يزيد المشتري في العقار المشفوع فيه أما في القانون فإن المادة ٩٤٦ قد فرقت بين ما حدث قبل إعلان رغبة الشفيع وما حدث بعدها فالفقرة الأولى تنص: «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، والفقرة الثانية قد تناولت الناحية الثانية: «أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس،

٢٠٧ — نقصان المشتري في المشتري: إما أن يكون هذا النقصان في نفس العقار الذى يقصد بالشفعة وهو الأرض فقط عند غير المالكية، وإما أن يكون فيما هو تابع لها متصل بها وقت العقد وهذا إما أن يكون تابعاً يدخل في العقد حتى لو لم ينص عليه كالبناء والشجر فهما يتبعان الأرض في العقد عند عدم النص على خلاف ذلك لأن الأصل فيهما أن يتبعاً الأرض ولا يباعا استقلالاً فإذا يباعا استقلالاً إنما يكون ذلك على اعتبار أنهما أنقاض وأخشاب. وإما أن يكون تابعاً قد نص عليه في العقد لأنه لا يدخل في العقد من غير نص عليه لأن التعامل يجرى عليه بذاته ويقصد بالشراء استقلالاً فيقابل بجزء من الثمن عند التعاقد كالزراع في الأرض القمح والقطن وغيره مما له نهاية معلومة — وعلى كل فالنقصان إما أن يكون من غير اعتداء أحد وإنما حدث طبيعياً قضاء وقدر أو يكون نتيجة اعتداء المشتري نفسه

أو شخص آخر والحكم يتغير تبعاً لما حدث فيه النقصان وسببه .

٢٠٨ - نقصان العقار نفسه : إذا كان المبيع قطعة أرض زراعية تقع على شاطئ النيل ، مثل ما يسمى الآن بأرض الجزائر .. وطلبها آخر بالشفعة فاستحقها ثم ظهر أن ماء البحر قد طغى عليها وتآكل منها جزء اجترفه الماء معه فأحدث في مساحتها نقصاً . فالفقهاء يلزمون المشتري بأن يسلم في العقار للشفيع بمقدار ما يقابله من الثمن يقول صاحب الهداية (١) بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل ، وهو ضمن المقصود بالشفعة أصلاً بخلاف البناء والغراس فإنها تدخل في الشفعة تبعالاً أصلاً ولذا فحكمها يختلف .

٢٠٩ - النقصان بسبب زوال مانع البيع بالعقد بالنص عليه : أما إذا كان المشتري قد اشترى أرضاً زراعية وقد كانت منزرعة حبا وقطناً مثلاً وقت التعاقد وقد اشتمل العقد على الأرض وما بها من زرع قائم فإن الزرع يكون قد قصد بالشراء والبيع ويكون قد قوبل بالثمن في العقد . فإذا ما نضج الزرع واستولى عليه المشتري لأنه جزء من المبيع الذي تملكه بعقد الشراء ثم جاء الشفيع ، وطالب بالشفعة فالقياس يقضي أن الشفعة لا تثبت في الزرع خصوصاً وأنه منقول لأنه قد قصد في التعاقد بالنص عليه فهو مبيع يكاد يكون مستقلاً لكن الاستحسان يقضي بجواز الشفعة فيه أيضاً لأن الشفعة إذا ثبتت في الأصل ثبتت في حكم التبعية أيضاً وقد كان الزرع تابعاً للعقار متصلاً به عند البيع .

وبناء على هذا فالفقهاء يرون أن الزرع إذا حصد من الأرض أو هلك لا بد أن يخصه شيء من الثمن وكان للشفيع الحق في أن يسقط من الثمن قدر ما يقابل الزرع الهالك أو المستهلك ولمعرفة ما يخصم يقدر قيمة المبيع بالزرع وقت العقد ثم يقدر قيمته وقت العقد من غير زرع وينسب الثاني للأول ويضرب في الثمن . وكان ذلك لأن الهالك شيء قصد عند التعاقد وقوبل بالثمن .

(١) الهداية شرح البداية - ٤ ص ٢٦ ، والعناية على هامش تكملة الفتح - ٧ ص ٤٣٢

وكلام الفقهاء صريح في أن الحكم لا يختلف إذا حصد المشتري الزرع أو هلك بأفة سماوية لأنه قد قصد بالبيع وقبول بشيء من الثمن وفي هذا يقول الكاساني (١) ، أما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود ألا يرى أنه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد أن يخصه شيء من الثمن سواء أهلك بنفسه أم بالاستهلاك وتعتبر قيمته يوم العقد لأنه أخذ الحصة بالعقد، ومن هذا القبيل أيضا الثمر على الشجر إذا كان موجوداً عند العقد ومنصوصاً عليه وكذا الآلات الزراعية إلى غير ذلك مما لا يتبع العقار إلا بالنص .

٢١٠ - النقصان بسبب زوال ما يتبع العقار من غير نص : أما إذا كان المشفوع ^{النقصان في البناء والشجر} فيه أرضاً أقيم عليها بناء أو غرس بها شجر وهدم المشتري البناء أو قطع الشجر أو تهدم البناء وجف الشجر من غير اعتداء أحد فالحكم يختلف (٢)

إذا كان من غير اعتداء أحد كأنهدم البناء لتصديق فيه أو نتيجة زلزال وجفاف الشجر لأفة سماوية كاجترأقه بشهاب يحرق . فإذا تم ذلك وكان العقار وما يتبعه من بناء وشجر في يد المشتري ثم قضى للشفيع بالشفعة أو سلم له المشتري . أخذ المشفوع فيه بحالته بعد النقصان بكل الثمن (٣) . لأن البناء والشجر كلاهما تابع للعقار ومتصل بالأرض وقد دخل في العقد تبعاً من غير تسمية له فلم يقصدا بالبيع أصالة والنقص لم يكن نتيجة اعتداء أحد فليس له غريم يلزمه باعتدائه . ولا ضرر على الشفيع فهو الذي بيده الأمر إن أراد أخذه وإلا فترك .

والأنقاض المتخلفة من هذا النقصان أو من هذا الهلاك لا يملكها الشفيع لأنها منقول وإنما يملكها المشتري بما يساوى حصتها من الثمن على

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٨٠ ، وفيه يشير إلى طريق معرفة قيمة الزرع والخلاف الذي فيها فقال روى عن أبي يوسف أنه تعتبر قيمته وهو بقل مفصول ومجذوذ وروى عن محمد أنه يعتبر قائماً فتقوم الأرض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر وقد ساق لكل أدلته

(٢) راجع في هذا غير ما تقدم المبسوط ج ٤ ص ١١٢ وما بعدها ، والمغني ج ٥ ص ٣٢٠ ، ٣٢١

(٣) وقدرى المغني خلافاً بين الفقهاء في هذا ج ٥ ص ٣٢٠

افتراض أنها من المبيع وتقابل بجزء من الثمن وتؤخذ النسبة بين قيمة الانقاص عند أخذها وتنسب إلى قيمة المبيع كاملاً وقت العقد ويضرب في الثمن الذي تم عليه الشراء .

نتيجة اعتداء

أما إذا كان النقصان نتيجة اعتداء المشتري أو أجنبي أخذ الشفع العقار بحصته من الثمن فيقوم المشفوع فيه وقت العقد كاملاً وناقصاً وتؤخذ النسبة بينهما وتضرب في الثمن كما سبق بيانه والآنقاص تكون للمشتري أو المعتدى فإذا كان المعتدى أجنبياً عاد عليه المشتري بقيمة النقصان لأنه المتسبب فيه . أما إذا كان البناء لم يهدم ولكن باعه المشتري دون الأرض ثم حضر الشفع واستحق الشفعة فهو أحق بالبناء والأرض معا ومن حقه أن ينقض البيع في البناء لأنه قد بيع وحق الشفع متعلق به (١) . وأما إذا نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط أو توهن البناء وشعث الشجر فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك لأن هذه المعاني (٢) لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان .

الفصل الثاني

مسقطات الشفعة والتحايل على إبطالها

٢١١ - مسقطات الشفعة: بما تقدم تعرف أن الشفعة تشريع جاء ليحقق قاعدة ما يسقط به حق الشفعة

أساسية في الإسلام وهي لا ضرر ولا ضرار ومع هذا فهو تشريع يخالف نظرية أساسية أيضا في العقد وهي الرضا . ولذا كان حق الشفعة ضعيفا يسقط بمجرد الإعراض أو الترك إلى غير ذلك وكان مجرد حق من الحقوق التي لا تورث عنه الأحناف . ولذا نختتم بحثنا في الشفعة بالكلام عن مسقطاتها (١)

١ - التأخر في طلب الموائبة والتقرير والخصومة حسب التفصيل السابق ذكره .

٢ - إسقاط حقه صراحة بعد ثبوته . كأن يتنازل عنها صراحة بعد حدوث البيع من غير أن يتوقف ذلك على علمه بالبيع لأن هذا كما يقول صاحب البدائع : إسقاط الحق صريحا وصریح الإسقاط يستوى فيه العلم والجهل . بخلاف الإسقاط دلالة فإنه لا يسقط إلا إذا علم بالبيع فعلا وعلى كل فلا يعتبر إسقاطا إلا إذا كان نتيجة خبر صحيح أما إذا أسقط حقه في الشفعة أو تنازل عنه قبل ثبوته فلا عبرة به إذ أن الذي يقبل الإسقاط هو الحق الثابت الموجود فعلا أما غير الموجود فلا يكون محلا للإسقاط فلو فرض أن عقارا مشتركا بين اثنين وأراد أحدهما أن يبيع حصته فعرض على شريكه رغبته هذه فأعرض عنها وأظهر بأنه في غير حاجة إليها ، ثم باع هذا الشريك حصته للآخر بنفس الثمن الذي عرضه على شريكه . قال الفقهاء إن هذا لا يسقط حق الشفعين في شفعتهم وهو غير ملزم بما قاله

تنازل الشفعين عن الشفعة قبل البيع

(١) جاء في البدائع ص ١٩٩ ما يبطل حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح . ودلالة . أما الأول فنحو أن يقول أبطلت الشفعة أو أسقطتها إلى غير ذلك لأنها خالصة حقه . . . إلى غير ذلك

من قبل لأنه قد تنازل عن شيء لم يكن موجوداً وقت التنازل. وقد خالف في ذلك الظاهرية وبعض الفقهاء وقد سبق بيانه .

ولعلمهم على حق فيما ذهبوا إليه لأن فيما قاله الآخرون تغيير من الشفيع بالبائع أو بمن يرغب في الشراء . ومن جهة أخرى فإنه يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، وغير ذلك حتى تستقيم المعاملات بين الناس . فالمشتري لم يقدم على الشراء إلا بعد أن اطمأن إلى أن الشفيع سوف لا ينزعه ، وأنه قد تعهد بذلك ، والعهد واجب الوفاء به ، وأوفوا بالعهد ... الآية ، وقد اتجه المشرع الوضعي إلى هذا في المادة رقم ٩٤٨ التي تناولت مسقطات الشفعة ، يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : ١ ، إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع ،

ولا عبرة أيضاً بإسقاط الشفيع للشفعة بعد التملك لها بالرضاء والتسليم أو بالقضاء ، لأن العقار أصبح ملكه والمالك لا يقبل الإسقاط ، وإنما يقبل الانتقال من حيز إلى حيز بسبب من الأسباب الناقلة للملكية أو بسبب فاسخ للعقد كخيار العيب والرؤية في عقود البيع

تنازل الشفيع عن الشفعة بعد تملكه

٣ - حدوث ما يدل على إسقاطه لحق الشفعة ضمناً . كأن يكون وكيلاً عن البائع ، أو أن يقبل أن يكون له خيار الشرط من جانب البائع . أو يضمن للمشتري تسليمه العقار ، أو يضمن للبائع الثمن قبل المشتري أو يستأجر العقار من المشتري أو يطلبه بثمن أقل مما يبيع به أو يبارك للمشتري ويرحب بحواره أو أي شيء فيه مساومة من الشفيع للمشتري في المبيع بعد علمه بالبيع .

ما يدل على إسقاطه حقه

٤ - صلح الشفيع مع المشتري على ترك الشفعة نظير عوض مالي فإنه بهذا يسقط حقه في الشفعة ولزمه رد العوض . حتى لو جعل هذا الصلح في صورة بيع من الشفيع إلى المشتري . لأن الشفعة مجرد حق ورغبة . فهي ليست بمال ولا يستحق بها مال عند الإحناف . ولا ينتج من هذا التصرف إلا إسقاط حق الشفيع لأن فيما صنع ما يدل على رضائه بالمشتري شريكاً أو جاراً ، وما يدل على إعراضه

صلحه مع المشتري نظير عوض

عن الشفعة . وهذا بخلاف ما إذا تصالح الشفيع والمشتري على أن يأخذ كل منهما نصف العقار بحصة من الثمن وقد أبت جواز ذلك .

٥ - بيع ما يشفع به قبل القضاء له بالشفعة أو رضاء المشتري . إلا إذا شرط لنفسه خيار الشرط وتملك المشفوع فيه في مدة الخيار . وسواء في ذلك إذا باع وهو يعلم أن شريكه أو جاره قد باع عقاره ، أو كان وقت البيع لا يعلم بذلك . وكذلك لو تصرف في العقار المشفوع به أي تصرف ناقل للملكية قبل أن يملك المشفوع فيه بالشفعة .

بيع عقاره

٦ - أن يطلب الشفعة في بعض المبيع ويعرض عن الباقي وكان المبيع شيئاً واحداً لأنه سترتب عليه تجزئة المبيع على المشتري كما أنه سترتب عليه مشاركته للمشتري . أما إذا كان المبيع جملة أشياء متعددة . أرضاً زراعية في جهات مختلفة أو دوراً متعددة . فلا يلزم الشفيع إلا ما كان عقاره يشفع فيه فقط بسبب من أسباب الشفعة . وقد سبق تفصيل طلب بعض المشفوع فيه وبيان رأى الفقهاء فيه .

٧ - إسقاط حقه في بعض المشفوع فيه فلو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل لأنه لما سلم النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط وفي النصف الآخر لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليماً منه للشفعة في الكل لا يرى أبو سيف ذلك تسليماً لأن حقه قد ثبت في الكل والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط وقال محمد يكون ذلك تسليماً في الكل إلا إذا كان قد سبق أن طلب بالشفعة في الكل فلم يقبل المشتري فساومه في إعطائه النصف . ويقول محمد لأن في طلبه النصف إبطالا لحقه في النصف الآخر لأنه لم يطلبه مع علمه وقدرته (١) .

تجزئة المبيع على المشتري

٨ - موت الشفيع قبل الأخذ بالشفعة مسقط للحق سواء أكان قد طلب

الشفعة أم لا . إذ حق الشفعة لا يورث عند الأحناف خلافاً لغيرهم من قالوا
إن للورثة حق الأخذ بالشفعة إذا كان مورثهم قد طلبها في حياته وقد تقدم
بيان ذلك .

٢١٢ — القانون وعدم دفع الثمن قبل الدعوى : هذا جميعه مسقط للشفعة
القانون يعتبر عدم دفع الثمن مسقط لها

كما وضع في موضعه في نظر الفقه الإسلامي لكن القانون قد أشار إلى
مسقطات الشفعة في المادة ٩٤٨ وما أحالت عليه هذه المادة بما نص عليه
القانون وقد نص في المادة ٩٤٢ أن من مسقطات الشفعة عدم إيداع الثمن الحقيقي
الذي حصل به البيع قبل رفع الدعوى بخزانة المحكمة التي بدائها العقار .
وهذا أعدل بالفريقين ومانع للنزاع بين الشفيع والمشتري . وقد سبق أن
أشرنا إلى رأى محمد بن الحسن ، وأنه استحسن للقاضي أنه لا يحكم للشفيع
ويمهل له لإحضار الثمن قبل الحكم . وهذا حسن إذ فيه قطع للنزاع ، لأن
الحكم للشفيع بالشفعة من غير دفعه للمشتري الثمن يترتب عليه كما يقول
الفقهاء حبس العقار في يد من له الثمن حتى يستوفيه من الشفيع . كما يغنيننا عن
البحث عن غلة العقار في فترة حبسه عن الشفيع تكون لمن ؟ هل لمن في يده
العقار . مع أن ملكيته قد ثبتت للشفيع من تاريخ الحكم ، فالغلة إذا تكون
نماء ملكه ، وفوق ذلك ففيها شبهة الربا لأنها فائدة مالية يأخذها من بيده
العقار من الشفيع المدين حتى يستوفي الثمن كاملاً غير الغلة . أم تكون الغلة
للشفيع وقد يطول به الأمد ولا يقوم بتسديد الثمن حتى يتجمع من غلته
ما يوازي مادفعه المشتري وفي هذا إضرار به وتأخير لحقه وتضييع فرص
عليه يستطيع فيها أن يعتاض عن هذا العقار بغيره والشفعة شرعت لدفع
الضرر فلا تكون سبباً في إحداث ضرر بالغير أم يعطل العقار فلا يستغل .
وفي هذا تعطيل لمنافع العقار ، وما كان التزام عليه إلا لاستيفاء
منفعته . ولذا كان ما ذهب إليه محمد بن الحسن في غير ظاهر الرواية رأى
سديد وقد أحسن المشرع الوضع فيما اتجه إليه . وإن كان الفقهاء قد احتاطوا

عند اعتبارهم أن عدم دفع الثمن لا يؤثر في حق الشفعة وقالوا إن للقاضي أن يحبس الشفيع إذا ظهر مظهره . كما أن الفقه الإسلامي يرى بيع مال المدين المماطل جبراً عنه سداداً لدينه .

التحايل على
إسقاط الشفعة

٢١٣ — استعمال على إسقاط الشفعة : وأخيراً نختتم الشفعة بما لاحظناه من أن الفقهاء في كتبهم يذكرون صوراً ويرون أنها من الحيل التي يمكن بها إسقاط حق الشفعة فلزم لذلك أن نبين حكم هذا التحايل من ناحية إجازة الشرع له ومنعه ثم تتبع ذلك ببعض الصور التي ذكرها الفقهاء .

ما يراه الفقهاء في
استعمال الحيل

٢١٤ — رأى الفقهاء في استعمال الحيلة : يرى الإمام أبو حنيفة والشافعي أنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة لأن الأصل في شرع الاحتيال قوله تعالى في قصة سيدنا أيوب : « وخذ بيدك ضعفاً فاضرب به ولا تحنث . . . » ويقول صاحب العناية : « وضعت هذه الحيلة لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتجج إلى بيانه ، وفي الهداية أنها مكروهة عند محمد لكن صاحب البدائع فرق بين الاحتيال قبل وجوبها وبعده وقال إنها مكروهة بعد وجوبها اتفاقاً كأن يقول المشتري للشفيع صاكتك على مبلغ كذا على أن تتنازل عن حقك في الشفعة فيقبل الشفيع فيسقط حقه ولا يستحق المشتري بدل الصلح أو يقول اشترى مني المشفوع فيه ، بكذا فيقبل فتبطل شفيعته ، وإن كان استعمال الحيلة قبل وجوبها فيروى عن أبي يوسف لا تكروه لأن إبطال الشيء بعد ثبوته ضرر وحق الشفعة لم يثبت بعد فلا تكون الحيلة إبطالا له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً لكن محمد بن الحسن قال بكراهة التحايل بعد الوجوب

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٦ — ٣٢٨ ، الشفعة في القانون الأهلي والمختلط والشرعية الإسلامية للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ص ١٠٥ . البدائع ٥ ص ٣٤ ، ٣٥ كلمة الفتح ٧ ص ٤٤٨ وأعلام الموقعين ٣ ص ٢٢٩ ، المبسوط ١٤ ص ١٣١ والحيلة هي أن يظهروا في المبيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه .

وقبله أيضا احتياطا لأن جواز الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة وفيه إبطال هذا الحق وقد جاء به الشرع. أما الإمام السرخسي صاحب المبسوط فإنه يقول «والاشتغال بهذه الحيل لإسقاط حق الشفيع لا بأس به أما قبل الوجوب فظاهر وأما بعد الوجوب فكذلك إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار بالشفيع وإنما قصد حماية ملكه والدفاع عن نفسه، وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره، وعلى كل فلم يقل أحد من الأحناف بتحريم استعمال الحيلة ولكن بعضهم يحتاط مخافة قصد الإضرار بالشفيع.

لكن الإمام أحمد والإمام مالك يريان أنه لا يحل الاحتياال لإسقاط الشفعة وإن احتال فلا يسقط حق الشفيع مادام قد ظهر أن ما حدث للتحايل لأن التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأنها شرعت لدفع الضرر فلو شرع التحايل لإبطالها لبقى الضرر الذي قصد رفعه ويستدلون بما روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»^(١)

- ٢١٥ — بعض صور الحيل: ١ — أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها في طول الحد المجاور للشفيع فلا يستحق الشفيع فيها شفعة لا نعدام التلاصق .
- ٢ — أن يهب شخص لآخر ذراعاً بطول الحد الذي بينه وبين الجار ويسلمه إليه ثم بعد أن يملكه بالهبة يبيعه باقى العقار فلا شفعة للجار فى الموهوب لأنه خرج بغير عوض ولا فى المبيع لأنه ليس له سبب للشفعة .
- ٣ — أن يبيع مقدار ذراع فى طول حد الجار بثمان مرتفع لا يقبله به الشفيع ثم يبيع باقى العقار بثمان مراعىاً فيه الزيادة السابقة إلى غير ذلك .
- وبهذا نكون قد انتهينا من الكتاب الرابع فى الشفعة.

(١) وقد طال النقاش فى هذا فأرجع إلى المراجع المذكورة .

الكتاب الثاني

العقد في الفقه الاسلامي
سؤالين

القيّم الأول

تكوين العقد وأثره

الفصل الأول

تعريف العقد وشروطه

العقد عند
الفقهاء

٢٢٦ - تعريف العقد: كلمة عقده هذه كلمة قديمة في مبناها وفي معناها فهي في لغة (١) العرب تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء يقال عقد الحبل فأنعقد ، والعقد أيضا يطلق ويراد به الضمان والعهد ، ويطلق أيضا على ما يفيد إحكام الشيء وتقويته ، كما يطلق على كل ما يفيد التزاما ، وإن كان الأصل فيه الربط الحسى بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوى للكلام سواء أكان توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة كأن تقول عقدت النية والعزم على فعل كذا إذ فيه ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به ، أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين فيقال عقد البيع والزواج والإجارة ، ويقال عقدت اليمين . فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين .

العقد عند
الشرعيين

٢١٧ - العقد في نظر الفقهاء : وإن كان العقد لم يرد في كتب الفقه على كثرة ما استوعبناه كموضوع مستقل بالبحث ولم يذكر فيها إلا عند الكلام عن عقد من العقود إلا أنه يمكن من كتاباتهم هذه استنتاج آرائهم في العقد ونظرتهم العامة إليه . فجمهور الفقهاء والأحناف منهم خاصة يطلقونه بمعنيين الأول

(١) راجع القاموس باب الدال فصل العين ح ١ ص ٣١٥ ، ٣١٦ ، المصباح ص ٥٧٥ « عقدت الحبل عقداً ، والعقدة ما يمسك ويوثقه ، ومنه قيل عقدة اليبس ونحوه وعقدت اليمين وعقدة النكاح لإحكامه وإبرامه . والعقدة القلاد . واعتقد كذا عقد عليه القلب والضمير حتى قبل العقيدة ما يدين الإنسان به » .

هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^(١) ،
 الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره يترتب عليه
 التزام بين طرفيه . فالعقد عندهم بهذين المعنيين لا يكون إلا فيما يحدث بين
 اثنين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين
 غير أن بعض فقهاء المذاهب الأخرى والفقهاء الحنفى والجصاص ، ينظرون
 إلى العقد بمعنى أعم من نظرة الآخرين . ويقول الجصاص^(٢) : «العقد ما يعقده
 العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسمى
 البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد
 قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن
 الخالف ألزم نفسه الوفاء بالفعل أو الترك .، وكذا كل ما شرطه الإنسان على
 نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، ويقول في تفسيره لقول الله تعالى
 «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» العقد هو التزام على سبيل الأحكام^(٣)
 وبذا يشمل العقد عندهم ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج ،
 وما كان لا بد لانعقاده من تلاقى إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول
 كالوكالة والوصية على أفراد كما يشمل ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من
 غير توقف على شيء آخر كالطلاق^(٤) المجرد والعزل من التوكيل والعق .
 وبذا يكون هؤلاء أقرب بكثير إلى المعنى اللغوي من الآخرين .

جمهور الفقهاء
 يرون فيه اجتماع
 إرادتين

بعض الفقهاء
 يطلقونه على كل
 التزام

هذا ما قاله الفقهاء وإننا لننقل إليك ما يقوله أستاذنا المرحوم الشيخ
 أحمد إبراهيم^(٥) «وأرى أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها

(١) العناية على هامش الفتح - ص ٥٤ .

(٢) آيات الأحكام - ص ٢٩٤ وراجع أيضاً كتاب العقود لشيخ الإسلام الفيلسوف

ابن تيمية .

(٣) تفسير الفخر الرازي - ص ١١٣ أول سورة المائدة .

(٤) الطلاق لغة رفع القيد وشرعاً هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح ، هو مجرد كقول
 الزوج لزوجته أنت طالق ، ويكون نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها كي يطلقها ، والحكم يختلف
 في كل منهما عن الآخر .

(٥) مذكرة الالتزامات في الشرع الاسلامي لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٥ ص ٤٢ .

عقدا. . على أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب و ثانيهما من ناحية القابل ،
٢١٨ - المقرر عند رجال القانون : لا تكاد تختلف نظرة رجال القانون عن نظرة جمهور رجال الفقه الإسلامي السابق بيانها أولا . إذ أنهم يعرفون العقد بأنه (١) ، اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له ، أو هو ، توافق إرادتين على انشاء التزام أو على فعله ، (٢) ومن هذا تجد القانون يخص العقد بما كان لا بد فيه من إرادتين أما ما يتم بإرادة واحدة وما تشمله إطلاق كلمة عقد عند اللغويين وعند البعض من رجال الفقه الإسلامي فهو ليس بعقد عندهم وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام .

٢١٩ - المقرر والالتزام : عرفنا العقد فيما تقدم وبيننا آراء الفقهاء فيه وقد اتفقوا على أن العقد يفيد التزاما يتوقف وجوده على اجتماع إرادتين أو يفيد التزاما من غير توقف على إرادة أخرى . ولذا أردنا أن نبين ما هو الالتزام . يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بلفظ الحق فيشمل جميع الحقوق المالية وغير المالية ويتناول العينية والشخصية ، كما يستعمل الفقهاء الالتزام في أحوال التعاقد وبالأخص في حالات إلزام الشخص نفسه حتى أنهم أطلقوا اسم الالتزام على أحوال الإرادة المنفردة (٣) . ويمكن القول بأن الالتزام في جوهره هو عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين أو هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر (٤) ، أو هو كما يقول الفقهاء ، إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشرع له (٥) ، . وعلى هذا تجد أن العقد مرادف

(١) شرح القانون المدني للمرحوم أحمد فتحي زغلول ١٢٧ .

(٢) الوسيط للدكتور السهوري ص ١٣٧ .

(٣) النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٩٧ .

(٤) الوسيط للدكتور السهوري ص ١٠٧ .

(٥) مذكرة الالتزام للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١ .

للالتزام على ما قاله بعض الفقهاء أو أن العقد أخص من الالتزام على ما يراه
جمهرة الفقهاء أو هما متقابلان على أساس ما يراه جمهور الفقهاء في العقد وما
قل من أن الالتزام هو أحوال الإرادة المنفردة .

٢٢ — **من يجب الوفاء بالعقد** : ورد العقد في القرآن في عدة مواضع كلها <sup>وجوب الوفاء
بالعقد المشروع</sup>

تفيد الحث على الوفاء بالالتزام دأياها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، وأوفوا
بالعهد إن العهد كان مستولا ، ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
أجله ، ويقول الرسول عليه السلام . « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد
له ، ويرى الفقهاء أن العقد إذا انعقد على شيء مشروع وجب الوفاء به وإلا
فهو لا ينشئ التزاما ولا يجب الوفاء به بل ويحكمون على العاقد بأنه آثم شرعا
فتعاقد المسلم على الخمر والخنزير والتعاقد على الربا ، والعقد على من حرمت
على الشخص شرعا ، فكل ما حرمه الشرع لا يصح التعاقد عليه ، حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير ، ، إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه ، ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، ، حرمت عليكم
أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ... ،

٢٢١ — **ما يتوقف عليه وجود العقد** : ولا بد لتصور العقد ووجوده من <sup>ما لا بد منه
لوجود العقد</sup>

وجود محل للعقد يقع عليه التعاقد كالسلعة في عقد البيع والمنفعة في عقد الإجارة ،
ولا بد من وجود الصيغة التي يتكون منها العقد وهي عبارة المتعاقد كأن
يقول البائع بعت ، أو يقول المشتري اشتريت أو ما يدل على رغبتهما كما أنه
لا بد من وجود شخص هو العاقد الذي يرغب في التعاقد وتصدر منه العبارة
الدالة على رغبته في العقد والذي سيكون ملتزما بما يترتب على العقد من تعلق
الحكم الشرعي به فإذا تصورت عقد بيع مثلاً فإنه لا بد من وجود البائع
والمشتري ولا بد من وجود شيء يباع الذي هو محل العقد وما يحدث بين
المتعاقدين مما يدل على رغبة البائع في البيع والمشتري في الشراء ؛ وهو
صيغة العقد .

٢٢٢ — ركن العقد: ركن الشيء عند غير الأحناف ما لا بد منه لتصور ركن العقد الشيء فعلا سواء أكان جزءا منه أم مختصاً به وعلى هذا فأركان العقد عندهم هو ما تقدم من العاقد ومحل العقد وصيغة العقد لأن العقد لا يتصور ولا يوجد إلا بها أما الأحناف فالركن عندهم هو ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد إلا به وعلى هذا فركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول اللذان يكونان صيغة العقد وإن كان العاقد لا بد من وجوده لوجود العقد وكذا لا بد من وجود محل العقد إلا أنهما ليسا من أجزاء العقد .

٢٢٣ — الإيجاب والقبول: يختلف الأحناف مع باقي الفقهاء أيضاً في الإيجاب والقبول تعريف كل من الإيجاب والقبول فبينما يرى الأحناف أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين ، وأن القبول ما صدر ثانياً من العاقد (١) الثاني يرى غير الأحناف أن الإيجاب ما صدر من المملك سواء أكان صدر أولاً أم ثانياً والقبول ما صدر من المملك فعبارة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولاً أم أخيراً لأنهم هم الذين سيملكون المشتري السلعة المبيعة والمستأجر منفعة العين المؤجرة والزوج العصمة والمتعة وهكذا .

شروط العقد

٢٢٤ — ما ينشأ في العقد: العقد ينشأ ويتم بمجرد إتمام الإيجاب والقبول شروط العقد وإذا انعقد ترتب عليه أثره الشرعي . ففي عقد البيع يتم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول وارتباطهما فإذا تم ذلك فقد وجد حكم العقد وهو انتقال ملكية

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤ . الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد وتصدر أولاً والقبول ما تقع ثانياً من أي جانب كان كل منهما . وراجع المغني ج ٣ ص ٦٠ .

المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع . غير أن الارتباط بين القبول والإيجاب لا يتحقق إلا إذا توافرت فيه الشروط ^(١) الآتية :

- (١) أهلية المتعاقد . (٢) توافق الإيجاب والقبول على محل عقد بعينه
(٣) أن يكون محل العقد قابلاً لتعاقد شرعاً . (٤) أن ينتج العقد فائدة لم
تكن موجودة . (٥) أن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد .

أهلية المتعاقدين

٢٢٥ — أهلية المتعاقدين : الملكية التي تثبت بالعقد ليست جديدة على محل العقد ولكنها كانت موجودة من قبل والعقد قد نقلها من حيز إلى حيز . فهو ينقل ملكية الشيء من مالك الأول إلى مالك آخر نتيجة رغبة وإرادة ولذا كان لا بد فيه من تحقيق القصد والإرادة، وهذا لا يكون إلا من شخص له إرادة معتبرة شرعاً . لذلك اشترط الفقهاء لانعقاد العقد وترتب أثره عليه أن يكون المتعاقد مميزاً ^(٢) يعني ما يقول ويقصد الوصول إلى أثره المترتب عليه بعبارة واضحة الدلالة على وجود إرادته وقصده . لأن الارتباط في الواقع يكون بين الإرادة التي تظهرها العبارة .

فلو انعدمت الأهلية في أحد المتعاقدين بأن كان أحدهما أو كلاهما مجنوناً أو غير مميز إلى غير ذلك ما ستناوله بالتفصيل عند الكلام عن عوارض الأهلية فلا ينعقد العقد الذي هو طرف فيه بنفسه .

٢٢٦ — توافق الإيجاب والقبول على محل عقد بعينه : يتوافق الإيجاب مع القبول ويتلاقى معه إذا كان مطابقاً له في كل جزئية من جزئياته ^(٣) كأن يقول

توافق الإيجاب والقبول

- (١) الشرط عند الأحناف ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه كتوقف الصلاة على الطهارة مع أنها لم تكن جزءاً منها . راجع المغني ٣ ص ٥٦٠ / ٥٦١ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤ ص ٥ وما بعدها وفتح القدير ٥ ص ٧٤ (٢) في فتح القدير ٥ ص ٧٤ « فصح بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع وأثره » وفي حاشية ابن عابدين ٤ ص ٥ « ولا يشترط البلوغ والحرية ولا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل أما الصبي — المميز — فعقده لنفسه ينعقد موقوفاً على الإجازة » .

- (٣) الفتح ٥ ص ٧٩ / ٨٠ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٣ ص ٢٠ إلى ٢٢ والبدائع ٥ ص ١٣٦ وما بعدها « وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب وبأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بفض أو بغير ما أوجبه أو =

شخص لآخر بعثك كتابي هذا بعشرة قروش . فيقول الآخر قبلت فإن محل العقد الذي هو الكتاب أخرجه البائع من ملكه نظير قبضه عشرة قروش يأخذها في الحال من المشتري، وقد قبل المشتري أن يدخل في ملكيته الكتاب نظير أن يخرج من ملكه عشرة قروش يدفعها للبائع في الحال .

٢٢٧- **القبول يتضمن الإيجاب وأكثر** : فإن كان القبول مع اختلافه يتضمن قبولاً للإيجاب ويشتمل على جميع جزئياته . اعتبره الفقهاء قبولاً ضمناً وانعقد العقد معه وترتب عليه أثره الشرعي وذلك كأن تقول لآخر بعثك كتابي بعشرة قروش . فيقول الآخر قبلت بعشرين قرشاً فإن العقد ينعقد لأن القبول جاء موافقاً للإيجاب ضمناً ومشتماً عليه إذ القابل للشراء بعشرين قرشاً يكون قابلاً للشراء بالعشرة من باب أولى . غير أنهم قالوا المشتري لا يلزمه (١) إلا العشرة قروش فقط التي نص عليها الإيجاب وتم العقد على أساسها لأن المشتري لا يملك أن يدخل في ملك غيره شيئاً من غير رغبته إلا إذا قال البائع بعد ذلك في المجلس قبلت إجابة على كلام المشتري . فيلزم المشتري بدفع العشرين ويكون العقد قد تم بإيجاب من المشتري وقبول من البائع ، ولا اعتبار لعبارة البائع الأولى .

ومن هذا إذا قال البائع للمشتري بعثك هذه الدار بما فيها من أثاث بألفي جنيه . الدار بألف وخمسمائة ، والأثاث بخمسمائة . فقال المشتري قبلت شراء الدار فقط بألف وخمسمائة إذ البائع بيانه ثمن كل من الدار والأثاث على حدة يكون قد طلب تفرقة الصفقة عليه فيتم العقد (٢) ، وكذا لو باعه بثمان

== يعضه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ وفي حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦ «ويشترط موافقة الإيجاب للقبول وإلا لم ينعقد العقد إلا في الشفعة بأن باع عبداً وعقاراً في عقد واحد فطلب الشفيع العقار وحده» وقد بينا قبل أن أخذ الشفيع يعتبر شراءً جديداً، وقلنا الخلاف فيما إذا كان المبيع في يد البائع وطلبه الشفيع هل يملك من البائع وينقض العقد الأول ويعتبر كأنه أصدر إيجابين أحدهما للمشتري والآخر للشفيع والقاضي يرجح أحدهما . انظر فارجع إلى ما تقدم

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧

(٢) راجع البدائم ج ٥ ص ١٣٧ وراجع الفتح والعناية ج ٥ ص ٧٩ إلى ٨١

مؤجل . فقبل المشتري بثمن حال لأن القبول في كل هذا لم ينقص شيئاً من الإيجاب وإنما جاء متفقاً معه ومتضمناً رغبة صاحب الإيجاب .

٢٢٨ — القبول لا يتضمن الإيجاب: أما إذا كان القبول غير مشتمل على جميع جزئيات الإيجاب فإنه لا يتلاقى معه^(١) . فإذا قال شخص لآخر بعثك كتابي هذا بعشرة قروش ، أو يقول له بعثك داري هذه بما فيها من أثاث بألفي جنيه ولم يفصل لكل ثمن ، أو يقول له بعثك كتابي هذا بعشرة قروش تدفعها حالا . فقال المشتري قبلت شراء الكتاب بسبعة قروش ، أو قبلت شراء الكتاب بعشرة قروش مؤجلة . فإن العقد لا ينعقد بشيء من هذا إذ القبول لم يتضمن كل ما جاء به الإيجاب ، ويعتبر هذا بمثابة إيجاب جديد من المشتري يحتاج إلى قبول من البائع ، فإذا حدث ذلك وقبل البائع ما عرضه المشتري تم العقد وانهقد ، واعتبرت العبارة الأولى لاغية .

إذا لم يتضمن
القبول الإيجاب

٢٢٩ — وجه نظر الفقهاء: ومهمة نظر الفقهاء وأثرها في التعاقد: وبالجمله فيمكن القول بأن نظرة الفقه الإسلامي هنا تتلخص في أنه إذا كان الاختلاف لا يضر بمصلحة الآخر انعقد العقد إذ المقصود بتوافق الإيجاب مع القبول ، توافر الرضا بالعقدين طرفيه أما إذا كان الاختلاف يضر بالآخر فلا ينعقد العقد^(٢) . يقول الله سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .

وجهة نظر الفقهاء

ولعل أثر هذا يظهر واضحاً إذا باع شخص لآخر عقاراً معيناً بألف جنيه حالة قبله الآخر بألف ومائة حالة . وغيب صدور القبول انفض المجلس ثم عدل أحدهما عن رأيه . أو خرج أحد المتعاقدين عن أهليته . ثم قام نزاع في انعقاد العقد وترتب أثره عليه . فالمشتري أو من ينوب عنه طالبوا البائع أو من ينوب عنه بتسليم العقار واستلام الألف ، وامتنع الطرف الآخر . فيكون الحكم كما تقدم .

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ١٣٧ وراجع الفتح والعناية ج ٥ ص ٧٩ إلى ص ٨١ .
(٢) ولذا في عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر عشرة قروش فقبل خمسة انعقد عند الشافعي راجع نهاية المحتاج ج ٦ كتاب الوصية .

٢٣٠ — **حكم القانون في هذا :** هذه هي نظرة رجال الفقه الإسلامي أما القانون

مواظقة القانون

فالمادة ٩٦ تنص : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فإذا باع بألف فوراً وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع شيئاً ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط . لم يتم البيع واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً . هكذا يقول الدكتور السنهوري في تعليقه على المادة المذكورة ^(١) وبهذا يظهر أن القانون جاء متفقاً مع نظرية الفقهاء في هذه المسئلة لا يختلف عنها في شيء . يذكر ^(٢) .

٢٣١ — أنه يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً :

٣ —
أن يكون
التعاقد عليه
قابلاً للتعاقد
شرعاً

محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه واقعاً عليه ، وهو إما أن يكون مالا ، أو منفعة مال ، أو منفعة مال ليس بمال ، أو عيلاً . فالأول كبيع دار أو سيارة أو كتاب فهذه كلها أموال يصح التعامل عليها وبالعقد تنتقل ملكيتها من البائع إلى المشتري وإن كان محل العقد منفعة مال . كأن تستأجر داراً للسكنى ، أو ضيعة للاستغلال ، أو سيارة للتريض أو كتاباً للقراءة . فإن العقد ينعقد عليها لأن الشارع قد أجازها ويتملك المستأجر الانتفاع كما يتملك المالك الإيجار وكذا إن كان محل العقد منفعة مال ليس بمال كالزواج . فحل العقد فيه منفعة الزوجية مع أن الزوجة ليست بمال فإن العقد يتم بين الزوجين ويترتب أثره عليه مادام الشارع قد أجازها وكذا إن كان محل العقد مجرد عمل مثل عمل الطبيب والمحامي والمهندس والحارس والمعلم فإن العقد ينعقد عليه لأنه عمل جائز شرعاً . وعلى هذا الأساس لو كان محل العقد لا يعتبر مالا في نظر الشارع كالحم الميته مثلاً والخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ^{أو} ~~فإنه~~ منفعة مال لا يعتبرها الشارع ولا يقرها كاستئجار سلاح من شخص للقتل به من غير حق ، أو منفعة مال ليس بمال ،

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٢٠

(٢) لكن جاء في كتاب « الأموال ونظرية العقد » ص ٢٥٦ ، ص ٢٥٧ أن القانون

يختلف مع الفقه الإسلامي .

ولا يعتبره الشارع كاستئجار البغايا، وكالزواج بمحترم منه . أو كان عملا
نهى عنه الشارع مثل استئجار النائحة للنوح أو شخص للسرقه أو للاعتداء
على آخر بالضرب . فإن العقد لا يترتب عليه أثره في شيء من ذلك لأن
الشارع قد نهى عنه فلا يحدث ارتباط بين الإيجاب والقبول . وإذا وجد
عقد في الظاهر فإنه لا يترتب عليه حكمه الشرعي (١) . على تفصيل في ذلك
يرد في موضعه والملاحظ ١٣ من القانون المدني تنص على أنه : إذا كان محل
الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا فلا يجوز أن يكون
الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام . ويستتبع ذلك أنه
لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب (٢) .

٢٣٢ - أنه يفتج العقد فائدة : فعقد البيع والإجارة والقرض
والكفالة والزواج إلى غير ذلك . كلها عقود تنتج فائدة جديدة مشروعة لم
تكن موجودة لدى التعاقد قبل التعاقد فالمشتري سيمتلك المبيع والمستأجر
سينتفع بالعين، والمقرض سيستفيد مما اقترضه والدائن قد استفاد ضم ذمة
المدين فاطمأن على دينه ، وتأكد من استيفائه ، والزوج ثبتت له حقوق
الزوجية وهكذا . أما إذا كان العقد لا ينتج شيئا من ذلك وليس له أي
فائدة أصلا كما إذا كانت دار مشتركة بين اثنين لكل منهما النصف شائعا غير

— ٤ —
أن يكون العقد
مفيدا

(١) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها . وفي ص ٢٦٠ أن ابن المبرقع يجوز
بيعه عند الشافعي وهو مكروه عند أحمد بن حنبل وحرام عند مالك وأبي حنيفة وبعض الحنابلة
يقول ابن قدامة والأول أصح لأنه ابن طاهر منتفع به تجاز بيعه ولأنه يجوز أخذ العوض عنه
في إجارة الظئر - المرض - فأشبهه المنافع « وراجع فيه من ص ٢٥٥ إلى ص ٢٦٤ والبدائع
ج ٥ ص ١٤٥ وعلى هذا يمكن قياس بيع أدم لأنه ينتفع بنقله في تقوية المريض الذي يحتاج في علاجه إلى
نقل دم وفي البدائع ج ٥ ص ١٤٤ عن أبي حنيفة « كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس
ببيعه » وما كان الغالب عليه الحرام لم يجوز بيعه ولا هبته . ثم قال ويجوز بيع آلات الملاهي من
الطبل والمزمار والدف ونحوها عند أبي حنيفة لكنه يكره فلو ألتفها لإنسان ضمنها عند الإمام
خلافا للصالحين وعلى هذا ييم الرد والشرطنج . ثم يقول والصحيح قول أبي حنيفة لأن كل
واحد منهما منتفع به شرعا وبالجملة فراجع من ص ١٣٨ إلى ص ١٤٥ والهداية ج ٣ ص ٣٦
(٢) الوسيط للدكتور السهوري ص ٣٩٨ .

محدود فإذا باع كل منهما للآخر نصيبه في هذا العقار في مقابل نصيب الآخر فلا فائدة من هذا البيع أو التبادل لأن العقار بينهما شائع . ولا يتكون من هذا عقد ولا يترتب عليه أي أثر لأنه عبث يتزه الإنسان عنه .

— ٥ —
اتصال ركني العقد
في المجلس

٢٣٣ — اتصال الإيجاب بالقبول ^{بالمعنى} أن يتصل القبول بالإيجاب (١)

في مجلس العقد إن كان المتعاقدان حاضرين . فبمجرد صدور الإيجاب من صدر منه يجب على الطرف الآخر أن يصل قبوله بالإيجاب في المجلس . أما إذا كان أحد المتعاقدين حاضراً والآخر غائباً فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب . ومع هذا فلا يتحقق هذا الاتصال إلا إذا كان كل عاقد يعلم بما صدر من صاحبه ويفهمه ^(٢) وأن تكون العبارة مقصودة ومرغوبة في أثرها الشرعي ٢ — أن يكون القبول في مجلس الإيجاب ، سواء أكان مجلس صدوره أم مجلس العلم به من غير أن يفصل بينهما فاصل .

أن يفهم كلاهما
عبارة الآخر

٢٣٤ — أنه يفهم كل منهما عبارة الآخر : فلأن ذلك هو أساس اتصال الإرادتين . فلا بد لوجود التزام بينهما أن يفهم كل منهما عبارة الآخر وأنه يقصد ما يترتب عليها (٢) . لأن الإرادة التي يتم بها الارتباط أمر خفي ، والعبارة أو ما يقوم مقامها هي الكاشفة عن الإرادة والمظهرة لها ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة — فإذا صدر من الموجب ما يدل على إرادته ورغبته في الإيجاب لكن لم يصل إلى سماع الآخر أو لم يفهم مدلوله لأنه بلغه لم يفهمها أو لشيء من ذلك وصادف في نفس الوقت أن صدر منه ما يصلح أن يكون قبولاً فإن العقد لا ينعقد ، وكذا إذا كان صاحب الإيجاب قصد إيجابه ، وسمعه الآخر وفهمه . وعبر بما يدل على قبوله . لكن صاحب الإيجاب لم

(١) راجع الدر المختار ج ٤ ص ٦ ، ص ١١ ، البدائع ج ٥ ص ٣٧ ، الفتح ج ٥ ص ٧٨ ، المغني

ج ٣ ص ٥٦٢ إلى ٥٦٩

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ .

يسمع أو لم يفهم ذلك القبول . فإن العقد لا ينعقد أيضاً ولا يعتبر هذا من اتصال القبول بالإيجاب .

٢٣٥ — التبر بضرورة القبول في مجلس العلم بالإيجاب وعكسه: ولا بد

اتصال القبول
بالإيجاب وحكمته

لتحقيق الاتصال من أن يصدر القبول في مجلس العلم بالإيجاب . سواء أكان المتعاقدان حاضرين في مجلس واحد يسمع كلاهما عبارة الآخر . أم كان التعاقد بينهما بالرسالة أو الرسول . ففيه خير للمتعاقدين معا حتى يتبين كل منهما موقفه . فمن مصلحة صاحب الإيجاب أن يعرف رأى الآخر عند علمه بالإيجاب من غير أن يمضي على ذلك وقت ومن مصلحة الآخر أن يظهر رأيه بالقبول أو الرفض قبل أن يرجع الموجب عن إيجابه ، أو يرى فرصة أخرى تحقق له غرضاً أفضل مما عرض ، ولأن الأصل في التعاقد هو الإرادة وهي كما قلنا أمر خفي لا مظهر لها إلا ما يدل عليها من العبارة ، والإيجاب ينتهي ويبطل بإنتهاء صدوره . فتبقى الإرادة بغير دليل على بقائها فلا تعير ، ولذا ، كان القياس يقضي بضرورة اتصال القبول فور ظهور الإيجاب من غير فاصل زمني وإنما اعتبر الفقهاء مجلس العقد دليلاً على قيام الإرادة وبقائها مع أن القياس يقضي بإنتهاء الإيجاب بالإنتهاء مما يدل عليه إلا أن العرف اعتبر مدلول العبارة قائمة مادام المجلس لم يتغير ، ولم يتخلله فاصل ولذا قالوا : إن الإيجاب يعتبر باقياً ما بقى المجلس إلا إذا رجع عنه صاحبه ليتيسر على الناس التعامل ويستطيع الآخر التروى بعض الشيء فيما يقدم عليه من قبول أو رفض ، ويقول صاحب العناية (١) ، ولأن في إبطال الإيجاب قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري ، وفي إبقائه في ما وراء المجلس عسراً بالبائع ، وفي التوقف على المجلس يسر بهما جميعاً ، والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ، ويقول صاحب البدائع ، القياس يقضي أن لا يتأخر أحد شطري العقد عن الآخر كي يصدر الثاني

سبب التقيد
بالمجلس

(١) العناية على فتح القدير ٥ ص ٧٨ ، والبدائع ٥ ص ١٣٧ يذكر هذا المعنى .

قبل انعدام الأول إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب التعاقد فاعتبر المجلس جامعا للشطرين حكما للضرورة وحق الضرورة يقدر باتحاد المجلس فإذا اختلف زالت الضرورة . وعند الشافعي لا بد من الفورية مع هذا ، وعلى كل فالفقهاء بين موسع في ذلك ومضيق وإليك ما يراه كل فريق .

٢٣٦ - الشافعي يشترط فور الفورية ويقتضيه خيار المجلس : يشترط الشافعية (١)

اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره من غير وجود أي فاصل كان ولو يسيراً في غير موضوع العقد ، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً مانعاً من تلاقى الإيجاب بالقبول ويعتبرونه بهذا منهيّاً لمجلس العقد فلو قال الرجل بعد سماعه الإيجاب سبحان الله أو لا إله إلا الله أو تكلم بأي كلام أو أحدث أي فعل كان بعد صدور الإيجاب اعتبروا ذلك إعراضاً عن الإيجاب لأن الأصل فيه أنه يزول ويرتفع بالانتهاء من التلفظ به . فلو صدر القبول بعد ذلك فلا يتصل بالإيجاب عند الشافعية إلا أنهم مع هذا قد جعلوا له الحق بعد ذلك فيما سموه خيار المجلس (٢) فأعطوا له الحق في أن يرجع في قبوله ويرفض الإيجاب من جديد ويكون ذلك فسخاً منه للعقد الذي تم فعلاً ، لكن بشرط أن يكون ذلك الخسار في مجلس العقد (٣) فإذا انتهى المجلس سقط حقه في الفسخ وأصبح العقد لازماً ، وأن يكون في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة (٤) . وأما عقود الزواج وأمثالها فلا خيار فيها اتفاقاً . ويستند الشافعي إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وهم بهذا قد يسروا على الناس في التعاقد ما ضيقوه عليهم قبل القبول ، وبذا يستطيع القابل أن يتدبر الأمر ويوازن بين مصلحته في إتمام

(١) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨

(٢) خيار المجلس هو ما ثبت لأحد المتعاقدين في عقود المعاوضات حق فسخ العقد أو إمضائه في مجلس العقد قبل أن يفترا من غير اشتراط . وهو غير خيار العسر الذي لا يثبت إلا باشتراط في العقد وهو محل اتفاق وسيأتي بيانه .

العقد أو فسخه ووافقهم على خيار المجلس احمد بن حنبل أيضا (١) وخالفهم في ذلك مالك وأهل الرأي .

الأحناف يرون خيار القبول في المجلس : ٢٣٧ — الأحناف لا يترطونه الفورية ويستثنونه خيار القبول في المجلس : لكن الأحناف رأوا أن الفورية وإن كان القياس يقتضيها إلا أن مصالح الناس وتيسير التعامل عليهم يقتضي أن يترك صاحب القبول حراً ما دام مجلس العقد قائماً . لأن المجلس يعتبر بقاؤه دليلاً على بقاء مدلول الإيجاب وهو الإرادة فإذا صدر الإيجاب من صاحبه كان للآخر حق خيار القبول كما يسميه فقهاء الأحناف وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده . وهذا خيار القبول . لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه (٢) ، وقالوا إن الخيار المذكور في الحديث هو هذا .

ولعل ما استحسنته الأحناف فيه توسعة على الناس وتيسير عليهم في تعاملهم من غير ضيق ولأنهم جعلوا صاحب الإيجاب غير ملزم بإيجابه إلا إذا اتصل القبول به ومن حقه أن يرجع عنه في المجلس مادام لم يصبح ملزماً لخلوه عن إبطال حق الغير (٣) ، وفي هذا مصلحة للآخر أيضاً لأنه يستطيع أن يتروى ويوازن في الأمر قبل أن يلتزم ويرتبط بالقبول أو يعرض عن العقد ومجلس العقد يعتبر منتهياً إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول (٤) أو حدث ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر أو الانتقال إلى حديث آخر ، وقد تكلم فقهاء الأحناف كثيراً فيما يعتبر إعراضاً

(١) للنفى ٣ ص ٥٦٢ إلى ٥٦٤ .

(٢) الهداية ٣ ص ١٧ ، وفي حاشية ابن عابدين ٤ ص ٢٢ « أن الإمام مالك يثبت خيار القبول قلاً عن الفتح » ، لكن الذي في الفتح ٥ ص ١٢ لا يدل على هذا ونصه « وما قبل من حديث البيهقي بالخيار ما لم يترقا رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به خيار القبول لعمل به . ففأية في الضميمة إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره » .

(٣ و٤) الهداية ٣ ص ١٧ .

وقالوا إذا شرب بعد سماع الإيجاب أو أكل لقمة أو أتم صلاة لا يعتبر إعراضا
عن الإيجاب فإذا صدر منه القبول بعد ذلك اتصل بالإيجاب لأن المجلس
قائم وهو دليل بقاء الإيجاب (١). ومع هذا فإننا نجد في ظاهر الرواية أنهم
يعتبرون القيام من قعود والعكس منهيًا للمجلس مادام القبول لم يصدر. وإذا
تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة لا ينعقد بينهما
عقد لأن المجلس قد تبدل بالمشي والسير وقد أجازوا العقد بين راكبي السفينة
لأن المتعاقد لا يملك وقفها ، فلم يكن جريانها مضافا إليه (٢) ومن هذا
نجد أن الأحناف يلتزمون باتحاد المجلس حقيقة ولا يأخذون بالاتحاد الحكي
إلا للضرورة كما في مسألة السفينة ويقاس عليها . على ما أرى . ما في حكمها .
كالقطار والطائرة ، وكل ما لا يملك المتعاقد إيقافه عن السير إذا أراد
للاشتراك في العلة . وعلى كل فنجد بعض الفقهاء من الأحناف قالوا بأن اتحاد
المجلس سواء أكان حقيقيا أم حكما ينعقد معه العقد فيجيزونه بين ما شين
ولا يعتبرون القيام بعد قعود والعكس منهيًا للمجلس (٣) .

ابن حنبل مع
الأحناف في عدم
الفورية ومع
الشافعي في خيار
المجلس

٢٣٨ - ابن حنبل يرى خيار المجلس ولا يرى الفورية: والحنابلة مع الأحناف
في أن للآخر أن يقبل طالما لم يتغير المجلس ولم يحدث ما يدل على الإعراض
ولم يذهبوا مذهب الشافعي في الفورية تيسيرا على الناس في معاملاتهم إلا أنهم
قرروا للمتعاقدين خيار المجلس - في غير عقود الزواج والطلاق والإعتاق
على مال وأمثال ذلك - وأن يبقى لهما هذا الحق حتى يتفرقا واستند إلى
ما استند إليه الشافعي مما روي عن الرسول عليه السلام والبيعان بالخيار ما لم
يتفرقا، وقالوا إن المرجع في معرفة ما يعتبر تفرقا منهيًا للخيار وملزما للعقد

(١) الهداية - ٣ ص ١٧ .

(٢) فتح القدير - ٥ ص ٧٨ - ٨٠ والبائع - ٥ ص ١٣٧ ، والدر المختار - ٤ ص ٢٠ .

(٣) وفي الفتح - ٥ ص ٧٨ قال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب
عن ذلك المكان ثم قبل المشتري مسح وإليه أشير في جمع التقارير . وفي العقد بين ما شين
اختار الطحاوي وغيره أنه إن أجاب على الفور جاز . وفي الخلاصة عن التوازل إذا أجاب بعد
ما مشى خطوة أو خطوتين جاز . وقبل يجوز في الماشين ما لم يفرقا بدائيهما .

هو العرف لأن الحديث علق التفريق عليه ولم يبينه فيدل هذا على ترك بيانه للعرف. ولذا قالوا يكون التفريق بأن يبعد أحدهما عن الآخر بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة وقيل غير ذلك مما يفهم منه أنه يختلف باختلاف الحال والمكان وهذا ما يراه الشافعي أيضا إلا أن ابن حنبل يرى أن الخيار لا يبطل إلا بالتفريق أما الشافعي فيسقط الخيار بأحد أمرين الاختيار أو التفريق (١) أما الأحناف والمالكية فلم يعترفا بذلك الخيار كما قلنا لأن عقود المعاوضات عقود ملزمة لهما بمجرد تمام الإيجاب والقبول فلا فرق عندهما بين عقود المعاوضات وعقود الزواج والخلع في تمامها بمجرد القبول وعدم ثبوت خيار في المجلس .

٢٣٩ — المالكية لا يرون الفورية ولا خيار المجلس أو قبول: أما الإمام مالك فإنه مع الأحناف والحنابلة في مخالفة الشافعي في اشتراطه أن يكون القبول على فور الإيجاب ولا يأخذون بخيار المجلس ولا بخيار القبول (٢) ولعل ذلك لأنهم يرون أن الموجب يكون ملتزما بإيجابه حتى يتصل به قبول الآخر فلا يملك أن يرجع فيه مادام المجلس قائما ولم يحدث ما يدل على الإعراض. بل ومن فقهاء المالكية من يرى أن الاشتغال بكلام آخر أو عمل آخر قبل القبول وبعد الإيجاب لا يعتبر منهيا للمجلس إلا إذا كان العرف يرى أنه يعتبر إعرضا عن الإيجاب السابق (٣).

مالك لا يرى
الفورية ولا خيار
مجلس أو قبول

٢٤٠ X — القانون مع الأحناف في عدم الفورية والرجوع عن الإيجاب قبل القبول : ولقد جنح القانون المصري الجديد إلى عدم الفورية وعدم

نظرة القانون

(١) راجع المغني ج ٣ ص ٥٦٥ إلى ص ٥٦٨

(٢) راجع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢ والفتح ج ٥ ص ٨٢ وما قبل من أن الحديث رواه مالك ولم يعمل به ولو كان المراد به خيار القبول لعمل به . فاية في الضعف إذ تركه العمل به ليس حجة على مجتهد غيره .

(٣) مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٤٠

الالتزام بالإيجاب قبل صدور القبول. غير أن القانون تعرض لمسألة أخرى وهي ما إذا التزم الموجب بالإيجاب لفترة معينة فلا يصح له الرجوع فيه وإليك ما تقوله المادة ٩٤ من القانون جاء في الفقرة الأولى منها « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد . دون أن يعين ميعاد للقبول . فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً » ، والفقرة الثانية « ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد ، وفي المذكرة التفسيرية « ... وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة : تنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي بين الإيجاب والقبول ، وقد روى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظر الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد ، ولقد أفاض الدكتور السنهوري في تحييد الأخذ بنظرية الفقه الحنفي . وترك نظرية القوانين الحديثة المتمشية مع الفقه الشافعي في اشتراط الفورية لاتصال القبول بالإيجاب (١) .

٢٤١- فمعرضة ما قبل في اتصال القبول بالإيجاب : إن الإيجاب إذا لحقه القبول من غير فاصل في المجلس يتم العقد اتفاقاً وفيه خيار المجلس ما لم يفترقا عند الشافعية والحنابلة خلافاً للأحناف والمالكية، وإذا كان القبول بعد حدوث فاصل في غير موضوع العقد فالشافعية يرون أن الإيجاب قد بطل

خلاصة الآراء في
اتصال القبول
بالإيجاب

(١) الوسيط ص ٢١٣ إلى ٢١٥ . غير أنه أسند اشتراط الفورية للفقه المالكي ومي كما

علمت نظرية الفقه الشافعي .

هذا ولعل ما رواه الخطاب الفقيه المالكي في كتابه « المواهب » من أن شخصاً مسافراً كتب وثيقة ببيع شيء عينه لزوجته ومي في مكان بعيد عنه وقد قبل القاضي منه ذلك ، ينطبق على ما تعرضت له المسادة من تعيين ميعاد يلتزم به البائع لقبول الآخر . ولنا أن نقول إن في الفقه الإسلامي ما يسمى اشتراط خيار الشرط . فإذا باع شخص واشترط المشتري لنفسه خيار الشرط مدة كذا فالأول قد التزم العقد والآخر ما زال يملك الفسخ وعنده .

لانعدام الفورية ، وجمهور الفقهاء يعتبرون الإيجاب قائماً إذا كان الفاصل لا يدل على إعراض الآخر وبعض المالكية يحكمون العرف فيما يعتبر إعراضاً وله خيار القبول في المجلس قبل القبول عند الأحناف دون غيرهم وبذا تجد أشدهم في تضيق وقت القبول الشافعية وأكثرهم توسعاً المالكية فالحنابلة فالأحناف والقانون المصري الجديد اتجه وجهة الأحناف . في عدم الفورية وعدم التزام الموجب بالإيجاب قبل القبول هذا ويتبين الآتي مما تقدم .

٢٤٢ - رجوع الموجب قبل القبول: (١) إذا رجع الموجب في إيجابه في مجلس العقد قبل قبول الآخر . فإن هذا مبطل للإيجاب سواء رجع عنه صراحة أم دلالة . بأن أعرض عنه إلى حديث آخر لأنهما مادام في المجلس ، ولم يصدر من الآخر ما يدل على القبول أو الرفض فالتزام صاحب الإيجاب لم يتلاق بقبول من الآخر ، ومن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حرية الأصلية في تصرفاته ، ولأن حق الآخر لم يثبت بعيد فالموجب برجوعه لم يبطل حق أحد ، والإيجاب لا يكون ملزماً إلا إذا اتصل به القبول في المجلس ، ولأنه إذا انصرف صاحب الإيجاب من المجلس قبل أن يصدر القبول . لارتفع الإيجاب فإدام هو يملك إنهاء المجلس ، ورفع الإيجاب فهو يملك الرجوع عنه ، ورفع صراحة ويسميه الأحناف خيار الرجوع لكن الغالب في الفقه المالكي أن الإيجاب ملزم لصاحبه حتى يلتقي به القبول في المجلس فلا يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه في المجلس قبل القبول (١)

رجوع الموجب
قبل القبول
في المجلس

خيار الرجوع

(١) راجع فتح القدير - ٥ ص ٧٨ «لأن الثابت للآخر بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية على أن يرفعها كقول الوكيل . كما أن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك ..» وراجع حاشية ابن عابدين - ٤ ص ٢١ «الإيجاب يبطل ما يدل على الإعراض ورجوع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه فلو رجع الموجب في اللحظة التي صدر فيها القبول كان الرجوع أولى» وراجع البدائم - ٥ ص ١٣٤ «وله خيار الرجوع لأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشرط وهذا لا يجوز» ، وراجع مواهب الجليل للعطاب - ٤ ص ٢٤١ «لو رجع الموجب قبل إجابة الآخر لم يفده هذا إذا قبل الآخر في المجلس» .

وقد ظهر مما سبق أن القانون في المادة ٩٤ مع الأحناف في هذا .

٢٤٣- تجزئة الإيجاب أو القبول: فلو كان عقد بيع مثلاً وعرض البائع تجزئة الإيجاب في إيجابه بيع داره بألف ، وكان يبيع شيئاً واحداً لشخصين . فقبل المشتري نصف الدار في الصورة الأولى بما يقابلها من الثمن ، أو قبل أحد المشتريين ، ولم يجب الآخر . فلا يتصل الإيجاب والقبول ، ولا يعقد بهذا الإيجاب والقبول عقد لما فيه من إلزام الشركة إذ لو لم يكن البيع في نصف المبيع لأحد المشتريين في الصورة الثانية ويلزم من هذا وجود شركة في المبيع فدخل عليه عيب الشركة من غير رضا ، وفي الصورة الأولى تتجزأ عليه الصفقة ، وكذا لو كان صاحب الإيجاب هو المشتري وطلب أن يشتري عقاراً مشتركاً بين اثنين فباعه أحدهما دون الآخر فلا ينعقد العقد أيضاً (١) .

٢٤٤- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول: إذا صدر الإيجاب صحيحاً ، انعدام أهلية
الموجب قبل
القبول وقد فهمه الآخر وسمي به . وقبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهلية التعاقد في المجلس . بأن مات أو جن فإذا صدر القبول بعد ذلك فإنه لا يتصل بالإيجاب ولا ينعقد به عقد . إذ الإيجاب قد زال بزوال صاحبه لموته (٢) أو لفقده أهليته وقد قلنا إن الإيجاب معبر عن الإرادة الحفية والأساس في التعاقد إنما هو الإرادة وهي هنا قد انعدمت بخروج صاحبها من أهليته ، وقد تم ذلك قبل اتصاله بالقبول وقبل انعقاد العقد فلا محل لهذا القبول عندهم إذ من الجائز لو بقي الموجب على طبيعته لرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، ولأنه يجب لتحقيق ارتباط القبول بالإيجاب أن يفهم كل منهما عبارة الآخر ، وهنا قد تحقق عدم علم الموجب وفهمه عبارة القابل ، ولأنه قد اشترط لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب اتحاد المجلس ، وقلنا إن خروج ٣٠ أحدهما من غرفة إلى أخرى أو حدوث ما يبدل على الإعراض منهي للمجلس . فذهاب حياة الموجب أو ذهاب عقله يكون منيهاً له من باب أولى . هذا ما

أراه دليلا لما قاله الفقهاء . أما المادة ٢٤٥ من القانون ، إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل ، وقد فرق شراح القانون بين الإيجاب الموجود فعلا والموجود قانونا ثم بين الإيجاب الملزم والإيجاب غير الملزم .

٢٤٥ - التماقد بالتليفون - التماقد بالتليفون : إذا تم الإيجاب بواسطة آلة التليفون . كانت المحادثة التليفونية نفسها مجلس عقد . وعلى ما أرى . أن الفقهاء في الواقع لم تكن نظرهم لمجلس العقد بأنه ، نفس المكان الذي يجتمعان فيه ، وإنما يقصدون به أن يسمع كل منهما كلام الآخر من غير فارق زمني . فيأخذ العقد بين متحدثين في المسرة ، - تبعا لما تقدم - حكم العقد بينهما في مكان واحد . فيكون قياسا على ما يراه الأحناف أن يعتبر الإيجاب قائما طالما المحادثة التليفونية قائمة إلا إذا عاد الموجب في إيجابه أو ظهر ما يدل على الإعراض .. وإن كان لم يرد نص فقهي بذلك . والقانون في المادة ٢٤٥ ، إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل . ، واعتبره رجال القانون مجلس عقد حكما . (١)

٢٤٦ - العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس : هل اتصال القبول بالإيجاب في مجلس واحد . شرط في كل عقد ؟ هناك من العقود ما يحتاج إلى قبول ويستحيل أن يكون هذا القبول في مجلس الإيجاب معتبرا ولا بد لاعتباره واتصاله بالإيجاب من ظهوره في غير مجلس العقد . كما في عقد الوصية . فإن قبول الموصي له لا يعتبر ولا أثر له إلا إذا صدر بعد موت الموصي مصرا على وصيته إذ لا يظهر أثر الوصية وتكون في حاجة إلى قبول من الموصي له إلا بعد الوفاة .

وفي عقد الوكالة يجوز أن يكون قبول الوكيل في غير مجلس العقد كما يجوز أن يكون في مجلس العقد ، وكذا الإيصاء فإن التوكيل والإيصاء يصحان في غيبة الوكيل والوصي المعين وإن تطلب تمام عقد الوكالة والإيصاء قبولهما فإنه يصح أن يكون هذا القبول في غير مجلس العقد . وعلى كل فـهذه غير عقود المعاوضات ، ولذا تجددهم يقولون إن الأساس لانعقاد هذه العقود ليس هو القبول وإنما هو تحقق عدم الرد .

٢٤٧- التعاقـد بطريق الرسائل : أما إذا كان التعاقد بين المتعاقدين بطريق الرسائل أو الرسول . فأرسل الموجب كتاباً أو رسولا يبلغه فيه إيجابه فإن مجلس قراءة الرسالة أو علمه بما فيها أو تبليغ الرسول . هو المجلس الذي يعتبره الفقهاء مجلس التعاقد إذ فيه اتصل القبول بالإيجاب . ويسمى مجلس العلم ولا عبرة بمجلس الإرسال والكتابة ويعتبر تبليغ الرسول كتبليغ المرسل وكذا قراءة الرسالة . جاء في الهداية (١) الكتاب كالحطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وقالوا إن مجلس الإخبار يعتبر مجلس عقد وبمجرد تمام القبول تم العقد وانعقد . لكن القانون في المادة ٩٧ يعتبر التعاقد ملابن الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، وتنص الفقرة الثانية على أنه « يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ، وقد تكلم الدكتور السنهوري (٢) في ذلك كثيراً وأبان المذاهب والآراء الواردة في هذا الموضوع وقال أخيراً إن القانون الجديد لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي من أن الإرادة لا تنتج أثرها في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه . . وعلى كل فالمسألة كما يراها فقهاء الأحناف محل نظر .

فإذا بلغ الرسول الرسالة . فأعرض المرسل إليه أو حدث منه ما أنهى

(١) الهداية ج ٣ ص ١٧

(٢) الوسيط ص ٢٣٧ إلى ص ٢٤٩

المجلس ، ثم قبل فلا يتعقد العقد بهذا الإيجاب لانتهاى المجلس . لبكن إذا بلغ الرسول الإيجاب فقبل المرسل إليه . ثم اتصال القبول بالإيجاب .. أما إذا بلغ الرسول الرسالة وترك المجلس قبل أن يجيب الآخر أو يظهر منه ما يدل على الإعراض ثم قبل المرسل إليه فإن القبول يكون قد اتصل بالإيجاب لأن مهمة الرسول ليست إبطال الإيجاب : وإنما هى إنشاء العقد . وإذا كان التبليغ برسالة فالإيجاب قائم بقيام الرسالة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن القبول يجب أن يكون فى مجلس القراءة فإذا قرأها ثم قام بعمل شئ آخر فلا بد ليتصل القبول بالإيجاب أن يعيد قراءتها لأن الإيجاب يبقى قائما بقيام الرسالة .

٢٤٨ - مجموع المرسل عن إيجاب قبل علم الآخر :

رجوع الموجب
بعد الإرسال

وكذلك يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغه للآخر وقبوله سواء علم الآخر أم لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتصل القبول بالإيجاب لأن القابل لم يتعلق حقه بالإيجاب إلا إذا اتصل به القبول كما بينا (١) من قبل رأى الأحناف .

ولنا أن تناقض الأحناف فى اعتبارهم مجلس العلم بالرسالة مجلس العقد ولو كانوا قالوا إن مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول هو الذى يعتبر مجلس عقد لكان أدق ولا نطبق مع ما قالوه من اتصال القبول بالإيجاب وأن يفهم كل منهما عبارة الآخر ويعيها وعلى ما نراه يكون للقابل الحق فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ولا ضير على الموجب فى هذا مادام لم يعلم بشئ من قبل .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ البدائم ج ٥ ص ١٢٨ فى المختار وحاشية ابن

عابدين عليه ج ٤ ص ١١

الفصل الثاني

صيغة العقد وإرادة العاقد وأثرهما

في ظهور الحكم

٢٤٩ - ما هي صيغة العقد: قلنا إن جمهور الفقهاء يطلقون العقد على ما يتم به الارتباط بين إرادتين ينتج التزاما بينهما أو ما كان فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول ارتباطا يظهر أثره الشرعي في المعقود عليه ويرون أن العقد أخص من الالتزام كما تقدم ، وقلنا إن الأساس في العقود هو إرادة المتعاقدين في الواقع ولما كانت الإرادة أمر خفي لا تعرف إلا بما يظهرها من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الإيجاب والقبول ويطلق عليه صيغة العقد وعلى ذلك يمكن أن نقول إن صيغة العقد هي ما يظهر الإرادة من لفظ أو ما يقوم مقامه أو هي مجموع قول البائع بعت هذه السيارة مثلا بألف جنيه وقول المشتري قبلت ، وقول الزوجة أو من ينوب عنها زوجتك نفسي - أو موكلتي - على صداق قدره كذا وقول الزوج قبلت وهكذا بالنسبة لساير العقود .

٢٥٠ - الإرادة الخفية لا تكون مناطا للتعلم ، إلا إذا أظهرتها الصيغة : الإرادة وحدها لا تصلح مناطا للحكم وعلى هذا لو عزم شخص على الشراء أو الزواج أو طلاق زوجته أو أراد أن يقف جزءا من ماله على جهة معينة ، أو باع لآخر سلعة وعزم في نفسه على أنه غير مسئول عن أي عيب بها ، أو عزم على أنه لا يضمن للمشتري إذا ظهر أن المبيع يملكه شخص آخر غيره . وكان كل هذا مجرد عزم ورغبة من غير أن يظهر ذلك بصيغة تدل على مكنون نفسه فلا أثر لهذا العزم ولا يلتزم ولا يبرأ من شيء منه قضاء لأنه لا يمكن معرفة ما أراده في نفسه فلا يمكن اعتبار هذا العزم عقدا يترتب عليه ظهور حكم فيه ، وإنما كان لا بد

لوجود ما يدل على هذه الإرادة وهذا العزم ويظهره خارج النفس ليسكون أساس العقد ومرجع الحكم عليه في الظاهر . فالإرادة وإن كانت أساس العقد في الواقع إلا أن العبارة هي الدالة عليها والتي يبنى عليها الحكم . وعلى هذا درج القانون في الفقرة الأولى من المادة (٩٠) التي تفيد التعبير عن الإرادة يكون باللفظ بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موجب لا ينعى ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود . وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت (١) : « على أن الإرادة حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزماً منعقداً في صاحبها وإنما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها ».

نظرة القانون

٢٥١ — مطابقة العبارة للإرادة : وما دامت العبارة أو ما يقوم مقامها هي أساس التعاقد في الظاهر فلا بد أن تكون واضحة الدلالة في لغة المتعاقدين وعرفهم قاطعة في الرغبة في تحقيق الالتزام دون شك أو احتمال أو عدة كأن تكون العبارة وعداً منه بالالتزام أو مجرد مساومة فإذا أظهر إرادته وما عزم عليه بأداة من أدوات التعبير مطابقة للإرادة تمام المطابقة كانت هي مناط الحكم لأنها الدليل الصادق على إرادة الوصول إليه . أما إذا اختلفت العبارة عن الإرادة ولم تطابقها تمام المطابقة فإن الأمر يختلف إذ نكون على حد التعبير القانوني بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة أو كما يقول الفقهاء الأمور بمقاصدها لحديث إنما الأعمال بالنيات .

العبارة مناط الأحكام إن طبقت الإرادة

٢٥٢ — التعاقد باللفظ : قلنا إن الذي يدل على الإرادة ويظهرها هو اللفظ أو ما يقوم مقامه . فاللفظ هو الأساس في ترجمة الإرادة وإظهارها . إذ اللسان خلقه الله معبراً عن الجنان ، والعبارة هي الأصل في كشف المقاصد

اللفظ

وإظهار الرغبات وهي الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس في كل العصور والأزمان من يوم أن خلق الله الإنسان وعلمه البيان ولذا كان الأصل في التعاقد هو عبارة المتعاقدين الدالة على إرادتهما دلالة واضحة، والصورة الناقلة لنا ما في النفس.

لغة التعاقد
الأحناف

٢٥٣ - لغة التعاقد: يتم العقد وينعقد تلفظ طرفه بالإيجاب والقبول بأية

التخاطب المفهومة لهما مباشرة أو بالواسطة. الدالة على إرادة كل منهما دلالة واضحة. هذا هو الأصل بالنسبة للعبارة في كل العقود والالتزامات.

لا فرق بين عقد وآخر ولا بين عبارة وأخرى مادامت العبارة واضحة في

إظهار المقصود فيتم عقد البيع والإجارة والرهن والهبة والوديعة والعارية بأي

لغة يفهمها المتعاقدان يستوي في ذلك أي لفظ مادام يفي بالغرض ويعبر عن

الإرادة غير أنهم في عقد الزواج قالوا إنه يتم بأي لفظ يدل على الدوام ولا

يفيد التأكيد أو الإباحة هكذا يقول الأحناف إذ العبرة عندهم بالمعاني لا

بالألفاظ والمياني ولم يخالف في ذلك أحد من أصحاب المذاهب الأخرى

إلا في عقد الزواج خاصة. فالشافعية والحنابلة وبعض الفقهاء المالكية يرون أن

عقد الزواج فيه معنى التعبد وأوجبوا لانعقاده استعمال لفظي نكح، وزوج

وما يشتق منهما لمن يعرف اللغة العربية. أما بالنسبة لمن لا يعرف اللغة العربية

فتم العقد بالعبارة التي تؤدي الغرض المقصود وتنتج هذا المعنى. وعلى هذا فلا

أهل الحديث

ينعقد عقد الزواج عندهم بغير اللغة العربية بين من عرفانها واستدلوا على وجه

نظرهم. بأن الزواج لم يذكر في القرآن إلا بهذين اللفظين وما يشتق منهما^(١).

يقول ابن قدامة لو قال زوجتك ابنتي فقال قد قبلت انعقد النكاح وقال

الشافعي في أحد قولي لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح. ثم يقول

وينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج سواء اتفقا من الجانبين أم اختلفا دون غيرهما

وهو قول الشافعي وعند الآخرين ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والمليك

(١) راجع مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٢٠ كشف القناع ج ٣ ص ١٩ المنى ج ٦ ص ٣٢ وما بعدها.

وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر . . . ثم يقول ومن قدر على لفظ النكاح بالعريية لم يصح غيرها وهذا أحد قول الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص ، ويرى الأحناف أن ما استدلوا به لا يصلح دليلا لأن الزواج ورد في القرآن بغير هذين اللفظين وما يشتق منهما قال تعالى : وَأَمْرًا مَوْثِقَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسًا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ، فعبّر عن الزواج بلفظ الهبة (١) . وأما قولهم إن عقد الزواج فيه معنى التعبد فإن التصديق والإعتاق أظهر في التعبد من الزواج ولا خلاف في جواز التصديق والإعتاق بأي لفظ يدل على الرغبة والإرادة . ولأن العبارة لم تكن إلا لإظهار هذه الإرادة وتصويرها ويتم هذا بأي لفظ وأي لغة مادام اللفظ قاطعاً في الدلالة على المعنى المراد ومفهوما لدى المتعاقدين .

٢٥٤ — ما يجب أن تكون عليه الصيغة: وأدل لفظ على إنشاء العقد (٢) الإيجاب والقبول
بالفعل الماضي
وتكوينه هو الفعل الماضي لأنه يكون قاطعاً في الدلالة على تمام الإرادة والرغبة لا مجرد الوعد ، وكذا ينعقد بالجملة الاسمية وحرف الجواب والمضارع والأمر إن أريد بهما الحال وانصرفاً عن حدوث الشيء في المستقبل فتقول بعث ، واشتريت ، كما تقول أنا بائع ، وبعني وأبيعك إن كان في الكلام ما يدل على إرادة البيع في الحال لا في الاستقبال وهكذا بالنسبة لسائر العقود ، غير أن بعض فقهاء الأحناف في كتاباتهم يتجهون إلى عدم صلاحية فعل الأمر مطلقاً في عقود المعاوضات التي هي محل للساومات وصلاحيته في غيرها فيمنعون انعقاد عقود البيع والإجارة بلفظ بعني

(١) والذي اختص به الرسول صلى الله عليه وسلم هو زواجها به من غير مهر راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ والمغني ج ٦ ص ٥٣٢ ، الفتح ج ٢ ص ٣٤٧ .
(٢) البدائم ج ٥ ص ١٢٣ ، الدر المختار ج ٤ ص ١٠ وما بعدها ج ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها الفتح والعناية بهامشه ج ٥ ص ٧٤ ، ج ٢ ص ٣٤٥ وما بعدها المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩ ، المغني ج ٣ ص ٥٦٠ .

وهكذا ولا يمنعون عقد الزواج بلفظ زوجيني . ويعللون ذلك بأنه غير قاطع في الدلالة على إنشاء العقد وخصوصاً أنها عقود تحمل المساومات يقول صاحب المبسوط : « ينعقد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل لا ينعقد عندنا بخلاف النكاح والشافعي يسوى بينهما باعتبار أن كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين - والفرق عندنا أن الزواج يتقدمه خطبة عادة أما البيع فيقع بغتة . ولأن قول الرجل لها زوجيني نفسك . تفويض منه لها فيجعل قولها زوجت عقداً تاماً لأن كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح إذا كان مأموراً به وفي البيع لا يتأتى^(١) . من هذا نستطيع أن نقول إن المناط هو وضوح القصد وكون العبارة واضحة قاطعة الدلالة على الرغبة في إنشاء العقد .

٢٥٥ - التعاقد بالكتابة: ويجوز التعاقد بالكتابة لأنها السبيل الثاني الذي يقطع التعاقد بالكتابة

في الدلالة على الإرادة. فهي تصلح أداة للتعاقد سواء أكان المتعاقدان يقدران على التلفظ أم يعجزان معاً ، أم أحدهما ، وسواء أكانا في مجلس واحد أم كان التعاقد بين حاضر وغائب مادامت الكتابة واضحة مفهومة مستبينة وسواء في ذلك أي لغة يكتبون بها مادام يفهمها المتعاقدان ، وقالوا إن العقود جميعها في ذلك سواء ولم يستثنوا منها سوى عقد الزواج فلم يميزوه بالكتابة عند التمكن من التلفظ لاشتراط الإشهاد زيادة في الاحتياط لخطر ما يترتب عليه من آثار قوية تتعلق بالأعراض والأنساب ، ولتحقق العلانية^(٢) .

يقول ابن عابدين : « فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد وكذا لو قالت قبلت . بخلاف ما إذا كانت في جهة أخرى فكتب لها بالإيجاب فأحضرت شاهدين وقرأته عليهما وقالت إن فلانا كتب إلي يخطبني فأشهدا أنني زوجت نفسي منه ، فإن العقد يصح .

(١) ونسباني بيان هذا في الفصل الآتي

(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٢٨٧

التعاقد بالإشارة ٢٥٦ - العاقد بالإشارة: إذا كان المتعاقد لا يستطيع النطق لأنه أخرس فيصح

أن يتم التعاقد بينهما بالإشارة المعهودة التي اعتاد الناس فهمها منه على تعبيره عن هذه الإرادة لأنها أداة تفهم بالنسبة له وفي البدائع (١) والنطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لتنفاذهما وصحتها فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة لأنها تقوم مقام العبارة هذا إذا ولد أخرس أما إذا طرأ عليه الخرس فلا تعتبر إشارته في التعاقد إلا إذا دام الخرس حتى وقع اليأس من كلامه ، أما بالنسبة لمن يستطيع التلفظ فقالوا إن العقد لا ينعقد بالإشارة لأنها مهما قويت دلالتها فهي لا تفيد اليقين الذي ينتج من التلفظ أو الكتابة .

والفقه المالكي (٢) يعتبر الإشارة أداة للتعاقد حتى بالنسبة لغير الأخرس مادامت مفهومة بين الناس متعارف بينهم على مدلولها وناقشوا الأحناف خاصة لأنهم أجازوا التعاقد بالأفعال وقالوا إن التعاقد بالإشارة أولى من التعاقد بالأفعال لأن الإشارة يطلق عليها أنها كلام قال تعالى : قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، كما روى عن مالك أن عقد الحوالة يصح بالإشارة ولو من الناطق (٣) ويفهم هذا من الفقه الحنبلي أيضا إذ يقول ابن قدامة (٤) عند كلامه عن تعليل صحة العقود : ولأن الإيجاب والقبول إنما يلزمان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما . ومع هذا فنستطيع أن نقول إن الأساس في العقود هو تحقق الإرادة والرغبة ، وما اللفظ أو ما يقوم مقامه إلا أداة لإظهار هذه الإرادة فإذا كان هذا هو الأساس في نظرية الفقه الإسلامي بالنسبة لصيغة التعاقد . فما المانع من

(١) ج ٥ ص ١٣٥ وراجع أيضا ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ وراجع المغني ج ٦ ص ٥٣٤

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٩

(٣) الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام في الفقه الإسلامي للرحوم الأستاذ الشيخ أحمد

ابراهيم « بك »

(٤) المغني ج ٣ ص ٥٦٢

اعتبار الإشارة المتعارف بين الناس جميعا على مدلولها وانعقاد العقد بها حتى بالنسبة لمن ينطق ومن يكتب فيما تعارف الناس على التساهل فيه ويتداولونه في كل وقت . والأصح في أقوال الفقهاء أن إشارة الآخر لا تعتبر ولا يترتب عليها أى أثر في غير النافه من الأمور ما دام يعرف الكتابة لأنها أكثر وضوحا في التعبير وأصدق على إظهار مكنون النفس ، والمحاكم الشرعية اتجهت إلى هذا فنصت المادة ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ، إقرار الآخرس يكون بإشارته المعهودة ، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة ، ومع كل هذا فالفقهاء جميعاً على أن دلالة التصريح أقوى من الدلالة الضمنية . وعلى هذا درج شراح القانون عند شرح المادة ٩٠ والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . . . فلم تقيد بها المادة بالخرس وقال شراح القانون (١) التعبير لا يخضع كقاعدة لشكل ما ، فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بما يروقه إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك - فكل ما يعنى به القانون هو أن تبرز الإشارة إلى العالم الخارجى بصرف النظر عن الأداة التى يقع بها التعبير فيستوى أن يكون التعبير صريحا (expresse) أو ضمنيا (tacite) إلا حيث يتطلب القانون التعبير الصحيح .

٢٥٧ - التعاقد بالأفعال : (٢) كأن يعرض تاجر بضاعته ويحدد ثمنها ، فتأخذ التعاقد بالأفعال «عقد المعاوضة» شيئا وتدفع ثمنه المحدد . أو تتركب تراما أو سيارة وتدفع الأجر للعامل ، وكان تأخذ الصحيفة من البائع وتعطيه الثمن . والفقهاء الإسلامى في ذلك بين

(١) مصادر الالتزام في القانون المدنى الجديد ص ٧٤ للدكتور حشمت ابو سنيت راجع أيضا الوسيط للدكتور السهورى فقد أقاض في ذلك من ص ٢٧٩

(٢) في الفتح والعناية ص ٧٧ « ولأن المتبر هو المعنى . ينقذ بالتعاطى في النفيس والحسيس وهو الصحيح لتعق المقصود وهو التراضى . »

الشافعية مانع وموسع فالشافعية في أصل مذهبهم لا يعترفون بانعقاد العقد بالتعاطي لعدم وضوح الأفعال في الدلالة على الإرادة عدا التافه من الأمور كبيع الجريدة والرغيف .

والأحناف والأحناف والمالكية والحنابلة : يجوزون التعاقد بالتعاطي مادام موضوع العقد قد تعورف بين الناس التعاقد عليه بالتعاطي سواء في ذلك النفيس من العروض والتافه ، وسواء في ذلك البيع والإعارة والهبة والرجعة وفي المغنى ^(١) د بيع المعاطاة نص عليه أحمد وقال مالك يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا وبعض الأحناف يجيزونه في خسائس الأشياء والشافعية لا يجيزه ، يقول ابن قدامة مستدلا على وجهه نظر الأئمة الثلاثة د إن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف ، وقد تباع الناس بالمعاطاة في كل العصور ولم ينكره أحد من قبل وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والهبة والصدقة ، ومع هذا فقال ابن تيمية في كتابه إن أصل مذهب مالك وأحمد بن حنبل جواز التعاقد بالتعاطي مطلقا سواء جرى العرف أو لم يجر مادام الفعل يقطع في إظهار إرادة المتعاقدين إذ الأساس هو تحقق الإرادة ، وباعتبارها أمر أخفيا احتاجت إلى ما يظهرها في الخارج ، فاعتبر كل ما يظهرها أساسا سواء في ذلك اللفظ أم الكتابة أم الإشارة أم الأفعال .

ومع هذا فقد اتفق جميع الفقهاء على عدم جواز عقد الزواج بالأفعال كأن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسي بمائة جنيه أمام الشهود فيدفع لها المهر دون أن يتكلم ^(٢) لما يجب فيه من الاحتياط لخطره وعظم أثره وفوق ذلك فكرامة المرأة تأباه ، ولأن الأصل في الاتصال الجنسي التحريم . بعكس السلع والعروض فالأصل فيها الإباحة . والخروج من التحريم إلى الإباحة يحتاج فيه أكثر من غيره وبالتالي يصح العقد لو كانت المعاطاة من جانب واحد .

(١) ٣ ص ٥٦١ ، ٥٦٢ .

(٢) ابن عابدين ٢ ص ٢٨٧ واعتبر بعض الفقهاء هذا قبولا منه ينعقد به العقد وراجع الفتح ٢ ص ٣٥٠ .

هذا وقد علمت رأى القانون من قبل وأنه يحيز التعبير عن الإرادة بتعبير صريح باللفظ أو الكتابة أو الإشارة كما يصح بالتعبير الضمني ويقول الدكتور السهوري (١) عند التعليق على المادة ٩٠ من القانون : « فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً . . . مثل أن يتصرف شخص في شيء ليس له ، ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء . . الخ ،

تأكيد العقد :
بأكثر من أداة

٢٥٨ - إظهار الإرادة بالعبارة وتأكيداتها بالكتابة : وعلى كل هذه درجات إظهار الإرادة في الخارج أو هذا ما تكون منه صيغة العقد فهي إما أن تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الأفعال . وقد يريد المتعاقد أن يؤكد رغبته بكتابة العقد بعد انعقاده باللفظ أو الإشارة أو الفعل فالفقه لا يمنع ذلك لأنه فوق ما فيه من تأكيد التعاقد فإنه يفيد في التذكرة والإثبات عند الحاجة ، ولا يكون المقصود حينئذ بكتابة العقد هو إنشاؤه وإنما لمجرد التذكرة والإثبات ، وقد حجب الله ذلك إلى الناس في معاملاتهم يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليمال الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً

(٢) الوسيط ١٧٦ وراجع ٢٢٠ و ٢٢١ ، وكذا ما كتبه الدكتور حشمت أبو سنيت ص ٧٦ وما بعدها من نظرية الالتزام هل مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً وينعقد به العقد . ويقول الدكتور السهوري « إن السكوت في ذاته مجرداً عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً إذ الإرادة عمل إيجابى والسكوت شيء سلبى . فالسكوت لا يكون تعبيراً ضمناً إذ التعبير الضمنى يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها . أما السكوت فعدم وأولى بالعدم أن يكون دلالة الرفض لا القبول وهو بهذا يوافق نظرية فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقولون « لا ينسب لساكت قول » وهو قد يعتبر في بعض مسائل كأن زوج الولي البكر وهي حاضرة فتسكت يقول وفي الوصية فإن سكوت الموصى له يعد موت الموصى عن القبول أو انرد حتى مات اعتبر السكوت قبولاً — صاحب الدر المختار ج ٢ ص ٣٢٦ والسكوت كالنطق في سبع وثلاثين مسألة .

أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يعمل هو فليمل وليه بالعدل ، واستشهدوا
شهادتين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من
الشهداء أن تفضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى ولا ياب الشهداء إذا
مادعوا ولا تسموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند
الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها
بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب
ولا شهيد .

ويقول الدكتور السهوري في هذا وأى مظهر من مظاهر التعبير الإيمانية
أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة مع مراعاة أن هناك عقوداً
شكلية^(١) سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً في شكل
معلن ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من
القروض ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن
الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها .

٢٥٩ — عدم مطابقة العبارة لإرادة تمام المطابقة : وأيا ما كان فهذا
من الإرادة ما نكتفي به في بيان صيغة العقد باعتبارها مناطاً للحكم إن وافقت الإرادة

(١) تنقسم العقود في القانون إلى : ١ — عقود رضائية Contrat-consensuel وهو
الثنى الذي يتم بمجرد تراضى طرفيه وأصبحت الرضائية في العقود هي القاعدة في القانون الحديث
٢ — عقود شكلية Contrat-solennel وهي العقود التي لا بد لتمامها غير تراضى طرفيها
من شكل مخصوص يحدده القانون مثل ما يشترط فيه التعبير أمام الموثق عن الإرادة عند الهبة
والرهن الرسمي . والغاية من الشكلية هي في الغالب حماية التعاقد من نفسه وتنبيهه إلى خطورة
ما هو مقدم عليه . ومع كل هذا فالشكل ليس إلا مظهراً من مظاهر التعبير عن الإرادة لا يمكن
أن يفنى عنها بحيث إذا انعدمت الإرادة أو شابها عيب فإن العقد الشكلي يقع باطلاً أو قابلاً
للإبطال بخلاف الشكلية في القانون الروماني فإنها هي التي تكون العقد لا الإرادة ٣ — عقود
عينية Contrat-réal وهي ما يجب لتمامها فضلاً عن تراضى طرفيها تسليم العين المعقود عليها
هذا وقد عرفت أن العقد في الفقه الإسلامي يتم بمجرد توافق الإرادتين . ومع هذا فهناك
عقود لا بد فيها من الإشهاد كمقد الزواج ، والطلاق عند من يرى ذلك . وهناك عقود يتوقف
تمامها على التسليم كالهبة .

وطابقتها أما إذا اختلفت الصيغة عن الإرادة وقامت القرينة القاطعة على هذا فهل يتبع الحكم الإرادة مع أنها أمر خفي أم يبنى على العبارة الظاهرة مع أن القرينة تفيد أن الشخص لم يرد ما أظهرته العبارة وإنما قد صدرت منه هذه العبارة بغير قصد كعبارة المجنون والصبي ومن في حكمهما وكعبارة من يردد كلام غيره من غير أن يقصد معناه. أو تكون قد صدرت منه العبارة مع فهم مدلولها تحت ضغط وإكراه أو مجرد التظاهر أمام الناس دون إرادة للعقد أو لم يكن لاهذا ولا ذاك وإنما كانت الألفاظ التي استعملها في عبارته لا تنبئ عن الإرادة لأنها وضعت في اللغة لتفيد شيئاً آخر أو كانت العبارة تنبئ عن الإرادة ويفهمها وأصدرها من غير إكراه أو تفاخر وإنما قصد من وراء ذلك الوصول إلى شيء محظور شرعاً وقصد بهذا التحايل للوصول إلى المحرم عن طريق عقد مشروع وإليك تفصيل كل هذا.

تفيد الإلتزام من غير قصد أو دون اعتبارها تفيد الإلتزام

٢٦٠ - أولاً: تفيد العبارة الإلتزام وتقرره بما يدل على صدور هادونه قصد

اعتبار هادونه على إنشاء التزام فتكون العبارة هنا لاغية لا أثر لها ولا ينعقد بها عقد لأنه وإن كان مناط الأحكام في الظاهر هي العبارة إلا أن أساس التعاقد هو الإرادة وما كان للعبارة أي اعتبار إلا لأنها تترجم الإرادة وتظهرها. فإذا ثبت أن العبارة لا تمثل إرادة كان لا قيمة لها البتة لأن المعبر بها إما (١) أنه لا يقصد العبارة مطلقاً (٢) أو لا يقصدها إلا باعتبارها منشئة للإلتزام، وسنتناول القسمين بشيء من التفصيل:

(١)
لا يقصد العبارة مطلقاً

٢٦١ - لا يقصد الشخص العبارة مطلقاً: ومن ذلك عبارة المجنون والمعنى

عليه والنائم والصبي غير المميز (١) فإن عبارة هؤلاء لا تفيد أي التزام. لأنها لا تعبر عن إرادة معتبرة فليس لأحد من هؤلاء رأي سليم أو إرادة تنبئ عقداً ويترتب عليه حكمه الشرعي. وإن كانت عبارة كل منهم في ظاهرها

صحيحة سليمة الصياغة تصلح لأن تكون إيجاباً أو قبولاً أو بمعنى آخر تصلح لأن تكون أداة للتعاقد .

٢٦٢ — السكران: ومن هذه عبارة السكران. لأنه لا يعي ما يقول، وإرادته وهو السكران. رأى الحنابلة ومن وافقهم

سكران منعدمة فلا عبرة لعبارة المنشئة التزاماً لأنها لا تعبر عن إرادة صحيحة ، والسكر قرينة ذلك . فهو حين التلفظ بالألفاظ أو حين إتيانه ما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو غيرها كان مغلوباً على أمره مسلوب الإرادة يستوى في ذلك كل العقود فلا يلزم بيعه ولا هيبته ولا يقع طلاقه ، ولا أى عقد أو التزام يجريه ويلتزم به وهو سكران . وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد ابن حنبل (١) ، وبعض الفقهاء من المذاهب الأخرى ، يقول ابن قدامة في السكران روايات قيل يقع وقيل لا يقع وفي رواية توقف عن الإجابة لتعارض الأدلة . فيقع عند مالك والشافعي في أحد قوليه ، وأبى حنيفة وصاحبيه وكثير من الفقهاء الأئمة — ولا يقع وهو رأى عثمان رضى الله عنه ومذهب لمحمد ابن عبدالعزيز والليث ، يقول ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا يعلم أن أحداً من الصحابة خالفه . وقال أحمد بذلك لأن السكران زائل العقل أشبه بالمجنون والنائم ولأنه مفقود الإرادة فأشبهه المكروه . . . ثم يقول والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وإقدامه كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد ، وبه أخذت المحاكم الشرعية في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه لا يقع طلاق السكران والمكروه .

غير أن جمهور الفقهاء قد (٢) استثنوا عبارة السكران ورأوا مؤاخذته بها زجراً له وردعاً لغيره ، ورتبوا على عبارته وهو سكران الآثار التى تترتب عليها وجعلوها ملزمة والعقد معها نافذاً معتبراً . سواء فى ذلك عقود البيع

جمهور الفقهاء

(١) راجع المغنى ٧ ص ١١٤ إلى ١١٦ .

(٢) الفتح والعناية ٣ ص ٤٠ . وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠

والأشباه لاسيوطى ص ١٤١ .

والإجارة والرهن والزواج وغيرها من سائر الالتزامات ، وتكلم الفقهاء في ذلك كثيرا ومنهم من فرق بين السكر بمحرم والزموه بآثار عبارته عقابا له على سكره ، وبين تغيب عقله بغير محرم كالواقف تحت تأثير البنج أو ما شابه ذلك فلا يلتزم بأى شيء ينتج عن عبارته وهو في غير وعيه وطبيعته وقد اختار زفر وكثير من الفقهاء عدم وقوع طلاق السكران (١) .

تحبيذ الرأي الأول

ولعل ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل وغيره من وافقوه رأى سديد لأن من يلزم السكران بعبارته إنما يعال ذلك بمعاقبته زجرا له وردعا لغيره مع اعترافهم بأن السكران حينما يشر ما يلزمونه به لم تكن له إرادة صحيحة . مع أن الله سبحانه وتعالى قد وضع عقوبة للسكران وحددها وليس منها إلزامه بعقوده ، وإنما نص على عقوبته في الدنيا ، وينتظره الجزاء في الآخرة ، وفوق ذلك فهو فاقد الإرادة والاختيار .

المخطئ والناسى رأى الشافعية

٢٦٣ - المخطئ والناسى : فإذا أراد إنسان التكلم بشيء فسبق لسانه إلى لفظ آخر يترتب عليه إلزام ، أو نسي ونطق بلفظ يترتب عليه إلزام بأن قال لامرأته أثناء الحديث . أنت طالق خطأ أو نسيانا ، أو قال لعبدته أنت حر خطأ أو نسيانا ، أو كان مع شخص يعرض عليه سلعة وقال له بعثك هذه السلعة بمبلغ كذا فأراد أن يرفض فأخطأ وقال قبلت فالشافعية يرى أن عبارته غير ملزمة لأن المخطئ أو الناسى حينما أحدث ما يدل على الالتزام من عبارة أو غيرها ما كان يقصد ذلك ولا يرغب فيه فقد انعدم القصد والرضاء ولقول الله تعالى « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم » وعلى هذا أحمد بن حنبل (٢) وبذا تجدهما ينظران ناحية الإرادة الباطنة في هذه المسئلة .

لكن الأحناف يرون عكس ذلك (٣) ويذهبون إلى جهة الإرادة الظاهرة هنا ويرتبون الحكم على العبارة الصادرة فيلزمون المخطئ والناسى بعبارتهما

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ١١٨ فهو يستدل على عدم وقوع طلاق المكره بحديث : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(٣) راجع الأشباه للسيوطي ص ١٢٥ ، الفتح ج ٣ ص ٤٥ .

أمام القضاء إذ الحقيقة يعلمها الله ونحن لنا الظاهر والله يتولى السرائر لأن الخطأ والنسيان أمر باطنى لا دليل عليه فى الخارج ولا قرينة . بل صدور العبارة منه وهو بتمام عقله ورشده قرينة القصد الصحيح ، والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام وإنما صدر منه خطأ أو نسيانا . هذا وإن كان لما يقوله الأحناف من وجهة الرأى ماله غير أننا نرى أن الاحتكام إلى القرينة القاطعة فيه عدل ورحمة فإذا كانت الشواهد كلها وموضوع الحديث الصادر منه يدل على عكس ما تلفظ به ألا يكون هذا دليلا ظاهرا على الإرادة الباطنة فيبنى الحكم على أساس ذلك ومع هذا فإننا لا نبعد كثيرا عن مراعاة الشكل لأننا نحتكم إليه فى القرينة التى تدل على الخطأ أو النسيان لمعرفة حقيقة الإرادة التى هى الأساس الفعلى للتعاقد والالتزام .

٢٦٤ يقصد العبارة من غير فهم أو قصد لمربوها وذلك كمن لقن إنسانا عبارة بلغة لا يفهمها فنطق بها وكانت هذه العبارة تنتج إيجابا ، وقابلها الآخر بقبول من عنده أو كانت العبارة تفيد التزاما من جانب الملقن . فإنه لا أثر لهذا ولا ينعقد عقد بينهما لأن الإيجاب غير معتبر ولا يقصد صاحبه التلفظ به باعتباره منتجا لإيجاب . غير أن بعض الأحناف يرون أنها تلزم صاحبها إن كان الموضوع طلاقا أو إعتاقا أو زواجا إستنادا إلى حديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) . وجاء فى الفتح (١) لو لقنت امرأة . زوجت نفسى بالعربية ، ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق ، وقيل لا كالبيع . . . ومثل هذا فى جانب الرجل إذا لقن ولا يعلم معناها . . . ولكن هذا غير مستساغ لأن هذه الألفاظ لم يقصد بها شيء معين ، وإنما هى ترديد لكلام فلم يتحقق فيه لا اختيار ولا رضا ولذا تجد كثيرا من فقهاء الأحناف نصوصهم على عدم صحة شيء من ذلك . ومن هذا القبيل أيضا أن تصدر العبارة من

ب
يقصد العبارة
لا باعتبارها
منشئة لعقد

صاحبها مع قصد التلفظ بها فقط وفهمها ولكن لا لينشئ بها عقدا ولكنه يرددها لحفظها أو لتعليمها للغير أو كان قراءة لمكتوب فإنها لا اعتبار لها ولا يتعقد بها عقد وقالوا: (١) «كُتبت امرأة أنت طالق» ثم قالت لزوجها اقرأها علي. فقرأ لا تطلق ما لم يقصد خطابها، وروى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال: «فأنت خلية طالق فذهبت لعمر بن الخطاب وقصت عليه ما حدث فجاء زوجها فقص عليه فقال له عمر خذ زوجتك واذهب» (ثانياً)

يظهر بإنشاء العقد دون رغبة فيه

٢٦٥ - التظاهر بإنشاء العقد دون رغبة في حقيقة: إذا صدرت العبارة من صاحبها مع القصد إليها والتظاهر بإنشاء عقد، ولكنه في الحقيقة لا يريد العقد ولا يرغب في الالتزام وهذا إما أن يكون (١) بقصد صاحب العبارة واختياره ولكنه قصد به التظاهر والمفاخرة أو الاستهزاء والهزل (٢) أو أن تصدر العبارة منه من غير رغبته ولكنه أكره عليها وسنتناول ذلك بشيء من الإيضاح.

عقد الهزل والتظاهر - مذهب جمهور الفقهاء

٢٦٦ - عبارة الهزل والتظاهر: إذا صدرت العبارة بقصد صاحبها واختياره لا لينشئ بها عقداً ولكن بقصد الهزل (٢) أو التظاهر أو أي شيء آخر فإذا تعاقد اثنان على شيء ووجدت القرائن الدالة على أنهما لا يقصدان بالعقد الوصول إلى أثر المترتب عليه شرعاً ولكنهما يقصدان بهذا مجرد الهزل أو التظاهر أو التفاخر. فجمهور فقهاء المالكية ومذهب أحمد بن حنبل يرون أن هذه العبارة تكون لاغية لا يترتب عليها أثر واستثنوا العقود (الخمس) التي استثنىها الشارع لأن فيها حق الله تعالى والتي ورد فيها الحديث (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) وفي رواية والعناق بدل الرجعة. وفي رواية أخرى واليمين بدل الرجعة

(١) ص ١٨٦ الأشباه والنظائر لابن نجيم .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٦ وابن عابدين ج ٤ ص ٨/٧ الهزل في اللغة اللعب وفي الاصطلاح الفقهي أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة . والهزل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه . ويشترط الأحناف أن يتقدم الهزل دليله أي أن يتفقا قبل العقد على أن ما يتفقا عليه هو هزل ولا يكتفون بتحقيق الهزل مجرد دلالة الحالة كما اكتفى بذلك الحنابلة .

وعلموا إلغاء عبارة المتعاقد في غير هذه العقود المستثناة ، بأن الدليل قد قام بين المتعاقدين قبل العقد على عدم إرادة هذا الالتزام بالإرادة تكون منعقدة قبل التلفظ بالعبارة ، وما دامت الإرادة منعقدة من قبل التعاقد ، فلا أثر لهذا العقد لأن أساس التعاقد في الحقيقة هي الإرادة وقد انعدمت فبالعبارة تكون لغوا لأنها جعلت لتدل على الإرادة والقرينة قامت على انعدامها والأحناف ^(١) أيضا على أن عقد الهازل غير صحيح فيما عدا الحقوق الخمسة المذكورة .

لكن بعض فقهاء المالكية يعممون إلغاء اعتبار عبارة الهازل ومن في

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٨ في كتاب النكاح « أما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير سريد لحكمه فلا يلتفت لقصد عدم الحكم » وفي ج ٥ ص ٧٦ « لافرق بين بيعه وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بيع هزلا » وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ٨ « فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع أى توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه ولم يرفعا الهزل ولم يرجعانه فالبيع منعقد لصدوره من أهله في محله لكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه . فصار كالبيع بخيار الشرط أبدا . لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم مع أن الفاسد حكمه أن يملك بالقبض لوجود الاختيار والرضا بالحكم . . . ثم ينتقد ما قاله صاحب الدر المختار — ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا — فقال هذا غير صحيح لمنافاته لما تقدم من أنه صدر من أهله في محله لكنه فاسد لعدم تحقق الرضا بالحكم وتأول لصاحب الدر فقال ولعله يقصد نفي الانعقاد الصحيح لا أصل الانعقاد — ثم ينقل لنا عن الحاشية والقنية أن بيع الهازل باطل وأن الفقهاء كثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل . . . ثم ينعقد ذلك بقوله لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جاز مع أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه لم ينعقد أصلا بخلاف الفاسد فإن الإجازة تلحقه إذ هو منعقد بأصله لا بوصفه ، وهذا منعقد بأصله ولذلك أجاب بعض العلماء فقالوا يحمل ما في الحاشية على أن المراد بالبطلان الفساد كما في حاشية الحموى . . . ثم يقول وهذا أولى لموافقته لما في كتب الأصول من أنه فاسد .

ولعل الذى أثار كل هذا الجدل كون العقد الفاسد يملك بالقبض وقد نص على أن عقد الهازل لا يملك بالقبض . فكان هذا سببا في اتجاه بعض الفقهاء إلى أنه عقد باطل ولكن صاحب الأشباه يقول : إذا قبض المشتري السلعة المبيعة بيعاً فاسداً تملكها إلا في ثلاث مسائل . الأولى : لا يملك في بيع الهازل كما في كتب الأصول ، الثانية : لو كان مقبوضا في يد المشتري أمانة لا يملك به ، الثالثة : لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك يملك فاسداً لا يملك بالقبض حتى يستعمله . وبهذا يكون بيع الهازل فاسداً ولو ارتفع سبب الفساد فيه فعُدل الهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده ولو كان باطلا ما انقلب صحيحا .

حكمه في جميع العقود على السواء ولا يستثنون منها شيئاً فزواج الهازل (١) وطلاقه وعتاقه وبيعه وهبته وإجارته وسائر عقود لاغية سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد إذا ثبت بالدليل لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية وهو رواية عن أحمد وبعض الفقهاء وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد. والمذهب الشافعي يتجه نحو الإرادة الظاهرة في جميع العقود فيرتب على عبارة المتعاقدين الحكم الشرعي بمجرد صدور عبارتهما وتوافر أركانها وشروطها من غير نظر إلى إرادتهما الباطنة. ولا عبرة عندهم بالدليل القائم على عدم رغبة المتعاقدين في الحكم المترتب على عبارته. وعللوا مسلكهم هذا. ومناقضتهم لأنفسهم في عبارة المخطيء. بأن صاحب العبارة قد قصد بها وهو أهل الاختيار، ولا اعتبار لما تواطء عليه من تجريد العبارة عن معناها ومدلولها. بخلاف المخطيء فإنه قد قصد العبارة خطأً وقالوا إنه بهذا يستقر التعامل بين الناس والعقود كلها عندهم في ذلك سواء في أنها تصح وتنعقد ويترتب عليها أثرها من البيع والزواج والإجارة والطلاق وغير ذلك. . . ومن قبيل التظاهر بإنشاء العقد دون إرادته والرغبة فيه (٢) الأمثلة الآتية.

٢٦٧ - بيع التلجئة: وهو بأن يتواطء اثنان على التظاهر بإحداث عقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما وإنما يقصدان بذلك التخلص من شخص ظالم له بطش وسلطان على المالك الذي تظاهر بالبيع ليتخلص من سلطانه ويطشه في استخدام هذه العين المتظاهر ببيعها، يقول ابن قدامة (٣) (ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتج بذلك. ولا يريدان بيعاً حقيقياً) وكذا لو كانا يقصدان بتظاهرها بهذا البيع مجرد اكتساب الشهرة لأحدهما فإن البيع صحيح ونافذ وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا عبرة بما كان بينهما سرا عند الشافعي لكن فقهاء المذاهب الأخرى يحكمون على أساس

(١) راجع المغنى ومنح الجليل: طلاق الهازل.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٥ وما بعدها.

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢١٤

إرادتهما الباطنة ولا اعتبار بالعبارة الظاهرة ما دامت الإرادة الباطنة تثبت بالدليل؛ وهكذا في سائر العقود الصورية مع ملاحظة ما يقال بالنسبة للعقود الخمسة المستثناة .

٢٦٨ — **إظهار زيادة حقيقة المهر للنفاه** : فإذا تزوج شخص بفتاة الزيادة في المهر جهرا واتفقا فيما بينهما على أن الصداق مائة جنيه مثلا وأعلنا للناس في حفل الزواج أن الصداق مائتا جنيه للتظاهر والمفاجأة^(١) فإن الحكم عند التنازع هو ما تقدم . الشافعي يحكم بظاهر العقد ولا عبرة بما اتفقا عليه ، ويحكم الآخرون بصحة عقد الزواج أيضا إلا أنهم فيما يختص بالمهر فإنهم يلزمون الزوجين بما انعقدت عليه إرادتهما ما دام يقوم الدليل عليها ولا عبرة بما تظاهرا به وأعلناه وعلى كل فعقد الزواج نفسه صحيح اتفاقا أما القسم المالي فيه فهو الذي يظهر فيه الخلاف بين إظهار الحكم على أساس الإرادة الظاهرة أم الباطنة .

٢٦٩ — **إظهار ثمن غير المتفق عليه** : فإذا باع شخص لآخر دارا بألف جنيه ولكنهما توطأ على إظهار الثمن على غير حقيقته إما بالزيادة كأن يعلن أن الثمن ألف وخمسمائة كي يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن فيستقر الملك للمشتري من غير أن يتعلق به حق للشفيع . وإما بالنقصان كأن يعلن أن الثمن ثمانمائة مراعاة لرسوم التسجيل أو تهربا من الضرائب ، إلى غير ذلك من الصور والحوادث . فالشافعي يرى إلزامهما بما أعلناه والآخرون من الفقهاء يرون إلزامهما بالثمن الحقيقي المتفق عليه إذا قام عليه الدليل والبيع صحيح عند الجميع ومن حق الشفيع أن يطلب الشفعة من جديد عند معرفة حقيقة الثمن كما تقدم . إعلان ثمن غير الحقيقي

٢٧٠ — **عقد المكره** : أن يكون من أصدر العبارة قد أكره على التلفظ بها دفعا لأذى الغير الذي يهدده بما لا يحتمله من أذى إذا لم يتلفظ عقد المكره

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها

بها ، مع قدرة المكروه على تنفيذ ما توعد به . وأن المكروه لا يرغب فيما يترتب على هذه العبارة .

رأى غير
الأحناف

فغير الأحناف . لا يلزمون المكروه بعبارته ولا يرتبون عليها حكما شرعياً بل يعتبرونها لاغية لا تنفأ الإرادة وانتفاء الاختيار والقصد وقالوا إن العقود جميعها في ذلك سواء . لافرق بين عقد بيع أو عقد زواج أو طلاق أو رهن أو كفالة أو إجارة إلى غير ذلك . واستدلوا (١) بقوله صلى الله عليه وسلم إن الله وضع عن أمتي [لخطأ والنسيان] وما استكرهوا عليه وعلى هذا عمل المحاكم الشرعية فلا يعتبر طلاق المكروه كنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وفي المذكرة التفسيرية للقانون طلاق المكروه لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .

ولكن الأحناف . وإن كانوا يوافقون سائر الفقهاء في أن عقد المكروه رأى الأحناف لا يترتب عليه أثره إلا أنهم يرون أن العقد ينعقد مع الإكراه موقوفاً على إجازة المتعاقدين حال السعة والاختيار أى بعد زوال الإكراه (٢) واستثنوا من ذلك العقود الخمسة التي فيها حق الله تعالى والتي أشرنا إليها من قبل ومنها الزواج والطلاق فقال الأحناف إن مجرد القصد إليها وتحقق العبارة يجعلها صالحة لترتب الحكم الشرعي عليها فاعتبروا القصد فيها يقوم مقام الرضا لأن الشارع استثناهما فوجب فيها الاحتياط . فالأحناف بهذا لم يفرقوا بين عقد

(١) فتح القدير ٣ ص ٣٩

(٢) راجع ابن عابدين ٤ ص ٤ حيث يقول مطلب في بيع المكروه وقال في البحر بيع المكروه فاسد موقوف بخلاف بيع الفضولي فإنه مكروه فقط . وإن كان هذا يتعارض مع جعلهم الموقوف من أقسام الصحيح ومؤدى هذا أنه عقد صحيح موقوف لكنهم صرحوا بأن البيع مع الإكراه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهذا التصريح بأنه عقد فاسد وقالوا إنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذي هو شرط في النفاذ وأنه بالإجازة يصح وبزول الفساد وعلى هذا يكون الموقوف منه فاسد كبيع المكروه ومنه صحيح كبيع الصبي وإذا ارتفع الإكراه ورضي المكروه بالعقد طائفاً مختاراً ارتفع الفساد وانقلب العقد صحيحاً نافذاً كما قلنا في عقد المازل تماماً فلا فرق بينهما على هذا ولذا قال زفر إن بيع المكروه ونحوه موقوف على الإجازة بعد زوال الإكراه

الهازل وعقد المكره ، وفي هذا يقول صاحب الهداية (١) (وطلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار . إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير محل به كالهازل ، وروى (٢) «أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركتها وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك ، فناشدها الله . فأبت فطلقها ثلاثاً . ثم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قبولة في الطلاق ، . أما سائر العقود غير هذه الخمسة فإنها كما قلنا لا يترتب عليها أثر ولا يتعلق بها الحكم الشرعي (٣) .

٢٧١ - ثانياً : المتعاقد باللفاظ لم توضع له : إذا استعمل المتعاقد ألفاظاً لم توضع في اللغة للدلالة على هذا العقد وإنما وضعت لشيء آخر كمن يستعمل لفظ الهبة مكان البيع والزواج أو العكس أو غير ذلك . فكل ذلك يصح معه العقد ويقع صحيحاً أياً كان موضوع التعاقد إذ العبرة كما يقولون بالمعاني لا بالألفاظ والمباني هكذا يقول الأحناف . وخالفهم الشافعية والحنابلة بالنسبة لعقود الزواج فقط لخطورتها ولأنها لم ترد في القرآن إلا بلفظي الزواج والنكاح ، وقد تكلمنا عن ذلك من قبل عند الكلام عن صيغة العقد.

— ٣ —
التعاقد بلفظ لم
يوضع لنفس
العقد

٢٧٢ - رابعاً أنه يتخذ العقد وسيلة للوصول إلى شيء محظور لا يمكن إباحته إلا عن طريقه : أي أن يكون العقد صحيحاً ومقصوداً ويراد منه إنشاء العقد وترتب أثره عليه . لكن الدافع إلى التعاقد ليس هو حكم العقد لذاته ، وإنما الدافع الذي دفعهم لإجراء هذا العقد وإنشائه سبب غير مشروع .

— ٤ —
أن يقصد بالعقد
الوصول إلى
محظور

(١) الهداية ج ١ ص ١٨٢ ، العناية على هامش الفتح ج ٣ ص ٣٩

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩

(٣) يقول صاحب الدر المختار ج ٤ ص ٨ « لم يلزم بيع المكره وإن انعقد » وراجع في هذا أيضاً المصدر المذكور وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ من ص ٨٦ إلى ص ٩٧ والبسوط ج ٢ ص ٩٣ وما بعدها وستكلم عن الإكراه وما به يكون في عيوب الإرادة .

أبو حنيفة
والشافعي

قال إمام أبو حنيفة والشافعية يرون أن مثل هذه العقود صحيحة مثلها مثل سائر العقود التي يقصد من ورائها الوصول إلى حكمها الشرعي في ذاته لا لغرض آخر ، ولم يجعلوا للقصد المحذور أى أثر في التعاقد مادامت العبارة خلوا عما يشير إلى هذا القصد . حتى وإن كان ما يقصده المتعاقد ويريد الوصول إليه معلوما عند المتعاقدين وقت العقد . والصاحبان من الأحناف ، وباقي الفقهاء يبطلون أمثال هذه العقود التي سبب إنشائها غرض محذور ، ولا أثر للعبارة في نظرهم مادام الدليل قد قام على قصديهما . إذ العبرة بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ ، وفوق ذلك فإنها قد اتخذت وسيلة لتحقيق أمر غير مشروع ، وما كانت العقود طريقا لإباحة المحرمات أو أداة للإعانة على المعاصي .

زواج المحال

٢٧٣ - زواج المحال : ومن هذا القبيل زواج من طلقها زوجها ثلاثا بأخر ، ولا يغيان بهذا الزواج إلا أن يكون طريقا يمكن به أن تعود إلى عصمة زوجها الأول بعد أن يطلقها هذا الزوج الذي تتعاقد معه (١) . فإن الإمام أبا حنيفة ، والإمام الشافعي يريان أن مثل هذا العقد صحيح ونافذ وينبني عليه أثره ، وكونهما يقصدان به الوصول إلى شيء محذور لا يبطل العقد ولا يمنع ترتب حكمه عليه مادامت العبارة صحيحة ومقصودة . فهما ينظران إلى الإرادة الظاهرة ، ويقولان إذا كان فيما يغيانه بهذا العقد الوصول إلى مجرد المحذور فإن أمر المؤاخذه على هذا لله سبحانه وتعالى . أما العقد فقد تمت أركانه وتحققت شروطه ، وباقي الفقهاء كما علت يرون أن هذا العقد باطل ولا يترتب عليه أثره الشرعي مادام الدليل قد قام على قصديهما الأصلي لأن العبارة لا أثر لها إذ العبرة في العقود وترتب أثرها عليها هي الإرادة الباطنة إلى غير ذلك مما قلناه .

٢٧٤ - بيع العينة : ومن هذا القبيل أيضاً بيع العينة : وهو بيع يراد

بيع العينة

(١) الزيلعي على الكثر ٢ ص ٣٥٩ ، الدر المختار وابن عابدين عليه ٢ ص ٥٨٦

وما بعدها . وراجع مقدمات ابن رشد ٢ ص ١٩٨

منه أن يكون حيلة للقرض بالربا. والتعاقد بالربا منعه الشارع قال الله تعالى «وأحل الله البيع وحرم الربا» وقال «يمحق الله الربا ويربي الصدقات» فليتوصل المتعاقدان إلى تحقيق رغبتهما - باتخاذ الحيلة ليكون العقد مشروعاً - فيشتري إبراهيم مثلاً من كامل سيارته بمبلغ ألف جنيه تدفع بعد سنة. ثم بعد تمام العقد أصبحت السيارة ملكاً خالصاً لإبراهيم يصح له أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات فيبيع إبراهيم هذه السيارة إلى كامل نفسه أو إلى وسيط آخر يبيعها بدوره له - بمبلغ ثمانمائة - يدفعها له كامل حالة - فتكون النتيجة أن إبراهيم أصبح مديناً لكامل بمبلغ ألف جنيه مع أنه لم يقبض منه سوى ثمانمائة. ويكون كامل قد استفاد مائتي جنيه. التي هي فوائد مبلغة الذي أخذه إبراهيم وكان محمد بن الحسن يكره بيع العينة هذا ويقول «هذا البيع في قلبي كأمثال الخيال ذمهم اختراعهم لكافة الربا». وقد علمت من قبل أن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعي يجيزان هذا العقد. وأثمهما يؤاخذهما عليه الله إذ العقد توافرت أركانه وشروطه. وباقي الفقهاء يرون أن العقد لا ينفذ وأن العبارة لاغية لا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر. فملكية السيارة لا تنتقل من كامل إلى إبراهيم وبالتالي فلا يملك إبراهيم أن يبيعها الكامل.

ومن هذا القبيل أيضاً الإجارة على عصير العنب لاتخاذ خمر، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها، وبيع السلاح للبغاة وأهل الحرب إلى غير ذلك الكثير مما يحتال به إلى الوصول إلى شيء محظور شرعاً عن طريق عقد مشروع. واستند الإمام أبو حنيفة والشافعي إلى عموم قول الله تعالى «وأحل الله البيع» وما روى عن الصحابة «بيع الحلال ممن شئت»، «لا بأس ببيع التمر لمن يتخذ مسكراً» واستدل باقي الفقهاء بقوله تعالى «ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» وهذا نهى يقتضي التحريم وقد تكلم في ذلك كثيراً. ابن قدامة فارجع إليه إن شئت (١).

بیم التمر لمن
یتخذہ نبيذاً وما
شابه ذلك

(١) راجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١١ وما بعدها حيث عقد فصلاً خاصاً عن العينة.

(٢) المغني ج ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها وراجع الموضوع جملة مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٩٨

إلى ص ٢١٣.

الفقهاء
والإرادة
الظاهرة والباطنة

٢٧٥ - أئمة الفقهاء - **الإرادة الظاهرة والباطنة** : بما تقدم نستطيع

الشافعية يأخذون
بالإرادة الظاهرة

أن نقول إن رجال الفقه الإسلامي يتجهون في موضوع الإرادة والعبارة أو كما يقول رجال القانون الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلى فريقين . فالإمام الشافعي نجد في أصوله وفروعه ما يجعلنا نقرر أنه يعتبر الشكل ويحكم حسب ما تنتج العبارة - أي يبنى حكمه على الإرادة الظاهرة ، ولا علاقة له بما وراء ذلك من الإرادة الباطنة وإن كان في عقد الخطأ قد ناقض هذه القاعدة وقد سبق بيانه . ولعل الأحناف في بعض فروعهم ينجحون نحو هذا الاتجاه كما سبق . ودليل هذا المذهب في الفقه الإسلامي أن الأحكام الدنيوية كلها بنيت على الظاهر ، والنيات أمور خفية عليها عند الله فالعقود يكون حكمها عند الناس بما تنطق به الإرادة الظاهرة فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروطه فهو صحيح ولا نبحث وراء ذلك عن النية فيه مادام لا يوجد في العبارة ما يدل على خلاف ما ينتجه ظاهر العبارة .

الحنابلة
والمالكية
والأحناف
ينظرون إلى
الإرادة الباطنة

وابن حنبل ويقرب منه مالك يذهبان في ذلك مذهبا آخر وينظران إلى الإرادة الباطنة ويجعلانها أساسا لارتباط الأحكام بها . وإن اعتبر هؤلاء الإرادة الظاهرة فإنما يفسرونها بالإرادة الباطنة مادام قد أظهرها الدليل . أما إن خفيت الإرادة الباطنة ولا دليل يظهرها فلا اعتبار لها ولعل أحكام الأحناف في العقود والالتزامات تتمشي مع قاعدة الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة . دليل هؤلاء أن العبارة الظاهرة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهرة لمكنون النفس ، دالة على حقيقة القصد . فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخبارا كاذبا ، والإرادة الباطنة يبحث عنها بين القرائن والأدلة المنبئة عنها فالعبرة عند هؤلاء جميعا بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات .

المقنين بين
الإرادة والعبارة

٢٧٦ - القانون بين الإرادة الظاهرة والباطنة : ويتجه رجال

القانون إلى مدرستين من قديم الأزل : مدرسة الإرادة الظاهرة ويمثلها الفقه الألماني، ومدرسة الإرادة الباطنة ويمثلها الفقه الفرنسي . ولقد اتجه الفقه المصري في القانون الجديد وجهة الإرادة الظاهرة بعض الشيء . بعد أن كان يمنح إلى الإرادة الباطنة في القانون القديم كما يحدثنا الدكتور السنهوري^(١) عند تحديثه عن المادة رقم ٨٩ من القانون المدني الجديد والتي تنص على الآتي : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) فهد تمهيدا شيئا جميلا وتكلم عن نظرية الإرادة الباطنة ثم عن نظرية الإرادة الظاهرة وقد أبان بعد ذلك أن القانون المصري الجديد قد انحرف انحرافا بسيطا عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة . بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل .

القانون المصري القديم والجديد

٢٧٧ — الأساس في صحة العقود الرضا : يقول الله سبحانه وتعالى ، في المصدر الأول للفقه الإسلامي (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم في المصدر الثاني للفقه الإسلامي (إنما البيع عن تراض) فما هو الرضا ؟ وهل بمجرد قصد المتعاقد واختياره إنشاء العقد يتحقق الرضا أم الاختيار شيء غير الرضا ؟؟

الرضا

٢٧٨ — الاختيار والرضا^(٢) : — يفرق الأحناف بينهما ويرون أن الاختيار هو القصد إلى العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء العقد ، وأداة شرعية لوجوده . سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أم لم توجد ويتم الاختيار بترجيح فعل الشيء على عدم فعله ويكون الاختيار صحيحا إن كان عن ميل ورغبة . أو فاسدا إن لم يكن عن ميل وإنما كان دفعا لشر

الاختيار والرضا عند الأحناف

(١) الوسيط من ص ١٧٩ — ١٨٣

(٢) راجع كتب أصول الفقه الإسلامي . كشف الأسرار على أصول نثر الإسلام ص ٤ مرآة الأصول . وراجع كتاب الملكية ونظرية العقد للأستاذ الفاضل الشيخ محمد أبو زهرة وراجع ابن عابدين ص ٤ ، ٧ ، ٨ وكتب الفقه الحنفي في باب الإكراه وعقود المكره .

أعظم واختياراً لأخف الضررين . وأما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه . ويعرفه الفقهاء بأنه هو الرغبة في آثار العقد من ترتب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وإنشائه : وعلى هذا الأساس فقد يوجد الاختيار من غير أن يوجد الرضا كعقد الهازل والمكره^(١) فكلاهما تحقق معه الاختيار دون الرضا وقواعد الأخاف تفيد أن الأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقيق الاختيار لأن به يوجد العقد وتكون صورته مادام المتعاقد قد قصد إلى العبارة المؤدية إليه أو ما يقوم مقامها . أما ترتب الحكم الشرعي على هذا التعاقد وأما إلزام هذه العبارة لصاحبها فإنه يرجع إلى تحقق الرضا والإرادة . فالرضا وإن لزم لصحة العقد فإنه لا يلزم لمجرد انعقاد العقد ووجوده في الخارج . وقد ترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء . وهو العقد الفاسد وسيأتي بيانه .

ما يخص رأى
الأحناف

وتتلخص نظرية الأحناف في أنه إذا تحقق الاختيار والرضا مع توفر أركان العقد وشروطه انعقد العقد صحيحاً نافذا كأي عقد بيع يرغب المتعاقدان في إتمامه أو كأي التزام يرغب الملتزم في الالتزام به رغبة صحيحة في الحكم المترتب عليه، وإذا تحقق الاختيار فقط، ولم يتحقق الرضا انعقد العقد فاسداً وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب وإذا لم يتحقق شيء من الرضا والاختيار كان عقداً باطلاً لا اعتبار له ويكون لغواً كعبارة المجنون والصبي غير المميز، وبذا يكون العقد عندهم صحيحاً وفاسداً وباطلاً .

غير الأحناف

أما جمهور الفقهاء غير الأحناف . فيرون أن الرضا هو اختيار العاقد إنشاء العقد أو قصده إلى ذلك طلباً لآثاره ، فالرضا والاختيار عندهم بمعنى واحد وهما يعبران عن الإرادة والرغبة في إنشاء العقد، وعلى هذا فلا يتصور

(١) يقول الكمال في الفتح ٢ ص ٢٤٨ « أما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه وأما المكره فيقول صاحب الهداية ٢ ص ١٨٣ « لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا غاية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه » . أما عقد المجنون ومن في حكمه ومن سبق الحديث عنهم فإنه لم يتحقق معهم اختيار ولا رضا فتخلف عنصر الإرادة »

عندهم انعقاد العقد مطلقا من غير تحقق الرضا ولذا فالعقد عندهم لا يكون إلا صحيحا أو باطلا .

٢٧٩—العقود الشرعية عقود رضائية : ولما كان الأساس في العقود الرضا كما يقول الفقهاء أمكن القول بأن العقود الشرعية من العقود التي يطلق عليها رجال القانون العقود الرضائية وليست بوجه عام من العقود الشكلية فلا يشترط أى شيء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه مع ملاحظة أن الأحناف يقررون في بعض العقود أنها تنعقد بمجرد التعبير بها والقصد إليها من غير تحقق الإرادة التي فرقوا بينها وبين الاختيار وتكون صحيحة نافذة كالعقود الخمسة المستثناة وبعضها تكون موقوفة على الإجازة بعد — كما أن الفقهاء اتفقوا على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لصحة انعقاد العقد وترتب أثره عليه واشترطوا لانعقاده الإعلام والشهادة لأنه غرض مقصود في الزواج وبذا أمكن اعتباره من العقود الشكلية وجاء في فتاوى ابن تيمية (١) (أمر بالولي والشهود ونحو ذلك في النكاح مبالغة في تمييزه عن السفاح وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا، حتى شرع بالضرب بالدف والوليمة الموجبة لشهرته). وإن كان هذا النوع قليلا في الفقه الإسلامي، كما توجد فيه عقود تتوقف على التسليم كعقد الهبة فهي تشبه العقود التي يسميها رجال القانون بالعقود العينية وعلى كل فالأصل في العقود الشرعية أنها عقود رضائية صرفة .



الفصل الثالث

الإرادة المنفردة وتكوين العقد

٢٨٠ - الالتزام من جانب واحد يتم بالإرادة المنفردة :

إذا عزم شخص على شيء فيه التزام له من غير أن يتوقف على التزام أو قبول من جانب آخر كان ملزما ما دام قد أظهره بأداة من أدوات التعبير . هذا كثير في الفقه الإسلامي ومن أمثله الطلاق والعناق والرجعة والإبراء من الحق المجرد واليمين والوقف والوصية على جهات الخير فبمجرد قول الرجل لامرأته أنت طالق وقول السيد لعبده أنت حر وقول المشتري للبائع أبرأتك من العيب الذي يظهر في المبيع وقول المطلق في عدة مطلقة رجعيا راجعتك . طلقت زوجته وعتق عبده وبريء البائع من العيب وعادت المطلقة إلى عصمته من غير توقف على قبول الطرف الآخر أو الالتزام منه وبمجرد أن يقسم الشخص على فعل شيء أو تركه أصبح ملتزما أمام الله وفي الوقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين (١) وفي الوصية على الجهات التي لاتعين بأشخاصها مادام الموصي قد مات مصرا على وصيته فإنه يتم الالتزام في ذلك جميعه بالإرادة المنفردة التي تظهرها العبارة (٢) وهكذا بالنسبة لسائر الإسقاطات المحضة لأن الساقط لا يعود وما دامت هي إسقاطات محضة فإنها لاتتوقف على قبول من أحد أو الالتزام . أما الإسقاطات التي في معنى التملك كإسقاط الدين عن المدين فإنه لا يتم الالتزام فيه بمجرد

(١) على تفصيل في أن الوقف يحتاج إلى قبول إذا تعين الموقوف عليهم أم لا . راجع شرح قانون الوقف ٤٨ سنة ١٩٤٦ لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أحمد فرج السهوري عند شرح المادة (٩) من ص ١٣٤ — ص ١٤٣

(٢) وقد اشترطت المادتان ١ ، ٢ من القانون المذكور لصحة الوقف أن يصدر به إلهاد ممن يملكه لدى المحكمة الشرعية التي بدائرتها أعيان الوقف كلها أم أكثرها قيمة .

الإسقاط إذ أن من حق المدين أن يرد هذا الإسقاط وتأبى عليه كرامته هذه
المسنة فإذا رفض بقى الدين كما هو وارتد الإسقاط برده وأما الوقف على شخص
معين ومن بعده على غيره فإن الاستحقاق يسقط برد الموقوف عليه وعدم
قبول ما فرضه الواقف له وكذا الوصية لمعين فإنها يمكن أن ترد بالرد فلا يتم
بها التزام إلا إذا قبلها الموصى له من غير رد لها إذ القاعدة لا يمكن لأحد أن
يدخل شيئاً في ملك غيره إلا برضاه مع ملاحظة ما يراه مالك من أن عقود
التبرعات ملزمة للمتبرع بمجرد الإيجاب ما لم يوجد مانع قبل الحيازة من
الطرف الآخر .

٢٨١ - الجمالة : - ومن هذا القبيل ما أسماه الفقهاء بالجمالة وهي أن
يلتزم شخص بأجر أو مكافأة لآخر نظير أن يقوم بعمل من غير تحديد
وقت للقيام به أو كما يقول الفيلسوف ابن رشد (١) الجعل هو أن تجعل للرجل
جعلاً على عمل يعمل به إن أكمل العمل وإلا فلم يكن له أي شيء وذهب عناؤه
باطلاً . وهذا أجازة مالك وأصحابه ما دام لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه .
خلاقاً لأبي حنيفة والشافعي في أحد قولي ، والجمالة في القياس غرر إلا أن
الشرع قد أجازها ، وأساسها قول الله تعالى « ولئن جاء به حمل بعير وأنا به
زعيم » وقول الرسول عليه السلام يوم حنين « من قتل قتلاً فله سلبه »
والأصل أنه لا يجوز أن يحدد للمجوعول له وقتاً معيناً وله أن يرد قبل الشروع
أو بعده ولا شيء له إلا بتمام العمل . واختلف في الجاعل فقيل إن الجعل
يلزمه بالعقد وقيل يلزمه حتى يشرع الآخر في العمل لثلا يطل عليه عمله فإذا مات
الجاعل قبل أن يشرع الآخر في العمل على الرواية الأولى أو بعد شروعه في
العمل على الرواية الثانية يلزم ذلك ورثته وإن مات المجعول له كذلك نزل
ورثته منزلته وليس للجاعل منعهم ، ومن الجمالة أيضاً ما يقوله الكاساني (٢)
« إذا قال شخص لصاحبه إن سبقتني فلك على كذا فهو جائز وكذلك أن

الالتزام بمكافأة
لمن يقوم
بعمل معين

(١) راجع مقدمات ابن رشد ٢ من ص ٣٠٤ - ٣١٠

(٢) البدائع ٦ من ص ٢٠٦

يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا أو قال للغزاة من دخل هذا الحصن أولاً فله كذا لأنه جميعه من باب التحريض والتدريب على الجهاد وإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا يجوز إذ يبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه ، ومن كل هذا تجد أن الجمالة كما تكون لشخص معين تكون لأي شخص يقوم بالعمل من غير أن يكون معلوما لدى العاقد كقوله للغزاة من دخل هذا الحصن أولاً وكما جاء في الآية الكريمة. ولمن جاء به حمل بعير. فهنا قد التزم الجاعل بالمكافأة لا لشخص بعينه ولم يقابل التزامه قبولا أو التزاما آخر . ومن هذا القبيل جعل مكافأة معينة للمتفوقين في امتحان كذا أو لمن يرُدُّ عليه ضالته أو من يعثر على منجم أم آثار أو من يقبض على هارب أو يرشد إلى مجرم ومن هذا أيضاً المكافأة التي التزم بها حاكم الكويت لمن يعثر على عين ماء في بلاده لأن كل هذا من قبيل حث الهمم والتشجيع على الجهاد في سبيل الخير والصالح فلزم أن يكون هذا ملزماً لا يصح للجاعل أن ينكث عهده والوفاء بالعهد يوجبه الإسلام . وإعلك تبينت مما سقناه لك من أقوال الفقهاء ما يفيد إلزام الجاعل بما جعل وخصوصاً بعد أن يشرع في العمل ولكن ينقل ^(١) عن الفقهاء أنهم يرون أن هذا الوعد غير ملزم لصاحبه ولمن قام بالعمل أجر المثل عند عدول الجاعل عن الوعد السابق بالمكافأة . أما أبو حنيفة فينقلون عنه أنه لا يجوز ذلك لما يترتب عليه من عذر ولنا أن نقول إنه يمكن اعتبار من قام بالعمل على ما وعد به الجاعل يعتبر قابلاً ضمناً للإيجاب عند عليه به وبذا نكون أمام عقد مكون من إيجاب وقبول وإن لم يتعين فيه القابل وقت توجيه الإيجاب إلا أنه قد تعين بالقبول وخصوصاً إذا كان الذي قام بالعمل من طبيعة عمله أن يفعل ذلك أما إذا كان من قام بالعمل لم يعلم بالمكافأة وقام به من نفسه كمن يجد مالا ضائعاً فيرده إلى صاحبه الذي وعد بمكافأة لمن يجده — وهو لا يعلم بهذا الوعد

(١) راجع الأموال ونظرية العقد للأستاذ الدكتور محمد يوسف ص ٢٧٦ ، والنظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ١٧٠ / ١٧١

فإن هذا يكون من باب الالتزام بالإرادة المنفردة وينطبق عليه ما نقلناه لك عن ابن رشد من أن الشافعي ورواية عن مالك على أنه لا يستحق الجائزة إلا إذا كانت هذه صناعته وبعض الفقهاء يرون أنه يستحق الجائزة مطلقاً وهو رواية أخرى عن مالك وظاهر مذهب أحمد (١)

الإرادة
المنفردة والعقد

٢٨٢ - **العقد والإرادة المنفردة** : بينا أن العقد كما يراه جمهور الفقهاء هو توافق إرادتين متقابلتين على إنشاء التزام أو نقله ، ونقلنا إن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن الإيجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه مادام لم يتصل به القبول في المجلس وعلى ذلك فمن حق الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى في مجلس العقد قبل قبول الآخر ولم يخالف في ذلك إلا المالكية فإنهم رأوا أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وجه إليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد أو يظهر رأيه في الإيجاب .

الإيجاب بمفرده
غير ملزم إلا في
تمليك الزوجة
أمر طلقها

وعلى هذا فالإيجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزماً في الفقه الإسلامي إلا في مسألة تمليك الزوج لزوجته أمر نفسها بأن يجعل لها أن تطلق نفسها فإن الزوج ليس له بعد ذلك أن يرجع في إيجابه في المجلس لأن إيجابه يعتبر طلاقاً من جهته معلقاً على قبولها فرجوعه بمثابة إسقاط معلق والإسقاطات إن كانت معلقة فليس للسقط حق الرجوع . ومع هذا فإذا لم تقبل الزوجة هذا الإيجاب في المجلس كان إيجاباً غير ملزم بعد المجلس لأنه عقد تمليك وهو لا يتم إلا بإيجاب وقبول .

الإيجاب والقبول
يصدران من
شخص واحد

٢٨٣ - **هل يتم الإيجاب والقبول من شخص واحد** : إذا وكل شخص آخر لبيع له شيئاً ووكله آخر في أن يشتري له شيئاً مما هو وكيل في بيعه فهو وكيل عن الراغب في البيع وعن الراغب في الشراء ، وكذا إذا وكل شخص غيره في أن يزوجه بفلانة ووكله هي في أن يزوجه بنفس الشخص ، فهل يصح أن يجري الوكيل عقد البيع وعقد الزواج بعبارته الواحدة التي تمثل

(١) وقد تناولت المادة ٦٢ من القانون هذا الموضوع وسنتناوله فيما بعد

إرادته المنفردة باعتباره وكيلاً عنها وكذلك لو كان ولياً أو وصياً أو كان وكيلاً عن أحدهما وولياً أو وصياً عن الآخر . الفقهاء متباعدون في الرأي ومن أسباب هذا اختلافهم في التزام الوكيل بحقوق (١) العقود التي يباشرها فالأحناف يرون أن الوكيل هو الملزم بكل ما يستتبع عقود المعاوضات من آثار كالمطالبة بالثمن أو المطالبة بتسليم المبيع أو رده إن ظهر به عيب لأنه هو الذي باشر العقد ولم يكن للموكل صفة في العقد وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء أما غير المعاوضات فالحقوق ترجع إلى الأصل اتفاقاً وعلى ضوء هذا وغيره نقدم لك رأى الفقهاء .

٢٨٤ - مالك وابن حنبل: يجيزان العقد بإرادة واحدة مطلقاً: يرى الإمام أحمد أنه يصح التعاقد بإرادة واحدة والعقود في ذلك سواء لا فرق بين عقد معاوضة وعقد زواج لأنه في الواقع إنما يمثل إرادتين بإرادته ويمثل عبارتين بعبارته ولا ضير من ذلك لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الموكل في كل العقود إذ الوكيل والولي والوصي إنما يباشرون العقد لصالح الموكل والصغير وعلى ذلك يصح أن يتولى شخص واحد العقد بمفرده فيقول زوجت فلانة إلى فلان . أو بعت دار على لخالد بل أجاز الحنابلة للشخص أن يكون وكيلاً عن المدعى وعن المدعى عليه في نفس الوقت . يقول ابن قدامة : (٢) « وإن وكل رجل آخر في بيع عبده ووكاله آخر في شراء عبد ، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه من نفسه لأنه أذن له من طرفي العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم كالأب يشتري من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتدعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما . . »

ولعلك معي في أن ابن حنبل وإن كان وسع على الناس ويسر بما أجاز

(١) حقوق العقد ما يستتبعه من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتكمله مما ثبتت حقا لطرفيه وسيأتى بيان ذلك في الوكالة .

(٢) المغنى ج ٥ ص ١٠٩ ، ١١٠ وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩

لهم إلا أن إجازته الوكالة في الخصومة أمام القضاء عن الطرفين توقع الوكيل في شيء من الحرج وإن كان أساس نظرة ابن حنبل أن الوكيل سينقل كلام الموكل وحجته كما هي فقط لكنه بهذا لا يكون إلا سفيراً ومعبراً - والمالكية مع الحنابلة في جواز مباشرة الشخص الواحد العقد بنفسه .

زفر من الأحناف
يمنع مطلقاً

٢٨٥ - زفر من الأحناف: وبعبكس ما قدمنا لك نجد زفر من الأحناف يمنع جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد في جميع العقود، لأنها تكون من إيجاب وقبول يمثل كل منهما إرادة مستقلة ولأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الوكيل في عقود المعاوضات فكيف يجمع الوكيل بين الحقين المتناقضين . فالبايع مثلاً يلتزم بتسليم المبيع للمشتري بعد إخراجه من ملكه وقبوله إدخال الثمن في ملكه وعكسه المشتري ولأن الأثر قد ورد في عقود الزواج فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهد عدل، فاشترط الخاطب والولي ولو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة واحدة لما اشترط الخاطب مع ولي الزوجة ، يقول صاحب الهداية : (١) ، وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجه من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً ومتملكاً كما في البيع . ويقول صاحب الفتح : لا يجوز كونه وكيلاً من الجانبين لقضاء حكمي التملك والملك ،

٢٨٦ - الشافعي : يتجه الشافعي وجهة زفر فيتشدد في منع انعقاد العقد بالإرادة المنفردة في عقود المعاوضات وعقود الزواج غير أنه استثنى من ذلك حالة الولي ، فإنه يجوز له أن يزوجه من في ولايته لمن في ولايته كالجدة مثلاً بالنسبة لحفيده فإنه يملك أن يزوجه حفيده الذي في ولايته من حفيدته التي في ولايته ويرى أن ولاية الإيجاب لا تثبت إلا للأب والجد فقط . (٢) يقول صاحب البدائع

الشافعي كزفر
لكنه أجازة
لولى

(١) الهداية ج ١ ص ١٥٩ والفتح والعناية بهامشه ج ٢ ص ٢٤٧ والبدائع ج ٢ ص ٢٣١، ٢٣٢
(٢) المصادر السابقة في المكان المذكور ، ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٩٣

« إلا أن الشافعي يقول في مسألة الولي إنها حالة ضرورة لأن النكاح لا ينعقد بلا ولي فإذا كان الولي متعينا فلو لم يحز نكاح المولية لا تمتنع نكاحها أصلا، وهذا لا يجوز وهذه الضرورة ممتنعة في الوكيل .

٢٨٧ — أبو حنيفة وصاحبيه : يفرقون بين العقود فيمنعون ذلك بالنسبة

لعقود البيع وما في حكمها ويجزونه في عقود الزواج فقالوا إن الواحد يصح أن يكون معبرا عن اثنين وأن تتضمن عبارته عبارتين إيجابا وقبولا وأن يتم العقد ويترتب عليه أثره الشرعي بإرادة واحدة في عقود الزواج سواء أكان مباشر العقد وليا جدا أم عما أم ابن عم أم وكيلا (١) دون عقود المعاوضات فإنها لا تصح بإرادة واحدة ولا بدلتماهما من وجود إرادتين لشخصين حقيقيين أحدهما يمثل الإيجاب والآخرى تمثل القبول واستثنوا من ذلك بيع الولي أبا كان أو جدا مال الصغير لنفسه، أو لغيره بمن في ولايته، وكذا بيع القاضي مال القاصر لقاصر آخر، لأن القاضي ولي من لا ولي له، وكذا بيع القاضي من مال وقف إلى جهة وقف آخر كلاهما في ولايته، واستدل الأحناف على إجازته بالنسبة لعقود الزواج مطلقا بأن حقوق العقد ترجع لصاحب الشأن اتفاقا فيها والوكيل في عقود النكاح سفير ومعبر بخلاف البيع، وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة . قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا . قالت : نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه .

٢٨٨ — المقر بارادة وامرة والما فطرف فيه : بينا ما إذا كان الإنسان وكيلا عن طرفي العقد أو وليا أو وصيا أو وكيلا عن أحدهما ووليا أو وصيا على الآخر واستقل بإنشاء العقد بقي أن نتكلم هنا عن الشخص إذا كان وكيلا أو وليا أو وصيا عن أحد طرفي العقد وجعل نفسه هو الطرف الآخر في

(١) مادام لتولي العقد صفة بالنسبة لكل من الزوجين وكيلا أم وليا أم وصيا أم أصيلا أو شيئا من ذلك كما يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك ويجوز أن يباشر العقد الشخص الواحد بإرادته المنفردة حتى لو كان فضوليا فإن العقد ينعقد وموقفا على إجازة الأصل وسيأتي بيان عقد الفضولي .

العقد فباشر العقد بإرادته المنفردة باعتباره أصيلاً ووكيلاً كأن يكون وكيلاً عن المشتري في شراء شيء له فباعه ماعنده وبأشـر العقد منفرداً بإرادته، أو أن توكل امرأة رجلاً في أن يزوجهـا بمن يشاء فزوجها من نفسه أو أن يكون ابن عم وفي ولايته ابنة عمه الصغيرة التي لا ولي لها سواه . فعقد عليها لنفسه فالإمام الشافعي على حسب قواعد مذهبه التي بينهاها لا يجوز شيئاً من هذا لأن العقد عنده لا يمكن أن يتولاه شخص واحد إلا في تزويج الولي لحفيديه للضرورة ، وأما زفر من الأحناف فقد منع من غير استثناء مطلقاً أما مالك وابن حنبل (١) فقد أجازا ذلك . أما الأحناف فيفرقون بين العقود فيجيزون ذلك في عقود الزواج فله أن يتزوج ممن وكلته في زواجها منه أو في الزواج من أى شخص غير معين أما في عقود المعاوضات فلا يصح إلا ما سبق ذكره . وهم جميعاً على حسب ما تقدم بالنسبة لمباشرة العقد للغير اللهم إلا بعض اشتراطات يشترطها الفقهاء منعاً للمحاباة فمثلاً يقول ابن حنبل لا بد أن يأخذ الوكيل لنفسه ثمن أكثر .

القانون ٢٨٩ — القانون والارادة المنفردة : المادة ١٦٢ تنص على : د من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور ، فقد ضيق القانون جواز الالتزام بالإرادة المنفردة حتى جعله يكاد يكون منحصراً في الجمالة أما تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه فقد تناولته المادة ١٠٨ التي تنص : لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم

(١) وفرواية عن أحمد أنه يمنع إذا كان وكيلاً عن البائع واشترى لنفسه راجع المني المكان السابق

من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه بما يقضى به القانون ويفرق القانونيون بين العقد الملزم لجانب واحد „ contrat-unilatéral وبين التصرف الملزم من جانب واحد „ acte juridique-unilatéral وقالوا إن الأول يجب فيه إرادتان مثل الهبة بغير عوض والوديعة بغير أجر والرهن الرسمي والكفالة وإن كانت هذه العقود في القانون الجديد قد تحولت إلى عقود ملزمة للجانبين فلم يبق إلا الوديعة بغير أجر . وأما الثانى وهو التصرف الملزم من جانب واحد فهو مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف (١) .

وقد حدثنا الأستاذ الدكتور السنهورى حديثاً فياضاً عن المدارس القانونية فى الالتزام - وأن هناك المذهب الشخصى والمذهب المادى كما توسع عن الكلام عن تعاقد الشخص مع نفسه فارجع إليه (٢) .



(١) مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٥٩

(٢) الوسيط من ص ١٠٦ إلى ص ١١١ ومن ص ٢٠١ إلى ص ٢٠٥

الفصل الرابع

مدى سلطة العاقد في إنشاء العقد والشروط

٢٩٠ - هل للعاقدين مطلق الحرية في تحقيق رغبتهما في العقد : ينشأ

مدى حرية
العاقد في العقد
وحكمه

العقد وينعقد مادام قد تحققت أركانه وشروطه ويقع صحيحاً نافذاً مادام قد تحقق فيه الاختيار والرضا ، وكان قد صدر ممن له ولاية إصداره على ما بيناه ، وبحسبنا هنا هل للعاقد أن ينشئ ما يريد من العقود وأن يشترط ما يريد اشتراطه من غير ملاحظة لطبيعة العقد ومقتضاه مادام ذلك قد صادف قبولا من الطرف الآخر أو حقق رغبة في نفس المتعاقدين ببيان الوصول إليها بهذا التعاقد، وبمعنى آخر هل المتعاقد هو الذي يحدد أثر العقد ويوجد حكمه المترتب عليه أي أن أثر العقد وحكمه نتيجة طبيعية مترتبة على العقد، وبذا يستطيع المتعاقد أن يتحكم في الأثر المترتب على العقد ويكونه حسب رغبته . سواء أكان هذا العقد له مثل من قبل أم هو إنشاء جديد نتج من تغير الأحداث وتطور الأزمان مما أدى إلى إيجاد أنواع جديدة من العقود غير العقود المتعارفة، أو يغير في العقود المتعارفة كالبيع والإجارة والرهن والزواج وغير ذلك حسب ما يشاء ويرغب تبعاً لحاجة الناس ورغباتهم التي تتجدد بتجدد الزمن وتغير الأحداث واختلاف مقتضيات الحياة ؟ .

٢٩١ - أما القانون : فالعقد فيه سريّة المتعاقدين :^(١) فللمتعاقدين أو من يمثلهما

القانون
العقد سريّة
المتعاقدين

أن يزيدا من الشروط ما يريدان ، ويوجدا من العقود ما يرغبان فيه . لأن العاقد يارادته الحرة هو الذي يوجد العقد ويوجد أثره . فهو حر في إنشاء ما يريد من عقود، وأن يتحكم تبعاً لذلك فيما ينتج عنها من آثار وأحكام لهذه العقود مادام لا يخرج عن حدود النظام العام فإذا كان العقد مخالفاً للنظام .

العام أو الآداب كان باطلا (١) فأساس العقد في نظر القانون هي إرادة المتعاقد فقط مادامت لا تخرج على النظام العام والآداب وأن الأثر الذي يترتب على التعاقد يخضع لإرادة المتعاقدين لأنه نتيجة طبيعية لها. فهو الذي ينشئ العقد ويرتب عليه أثره فكلاهما من وضع العاقد وترتيبه.

٢٩٢ - وفي الشريعة العقود أسباب عملية شرعية للإحكام : أما نظر الفقه الإسلامي . فإن الفقهاء يرون أن العاقد بإرادته يكون العقد أما الأثر المترتب عليه من نقل الملكية من البائع إلى المشتري إن كان عقد بيع ، أو تملك الانتفاع في مدة الإجارة إن كان عقد إجارة إلى غير ذلك من سائر العقود والالتزامات فهو من جعل الشارع وترتيبه . وليس نتيجة لإرادة المتعاقدين وحدها ، فحكم العقد ليس نتيجة طبيعية لإرادة المتعاقدين وحدها وإنما وجد الحكم وظهر لأن الشارع قد رتب الحكم على هذا التعاقد فالحكم من عند الله . وإن اتفق جعل الشارع وترتيبه مع ما يفيقه المتعاقد ويريده فما ذلك إلا لأن ما في الشرع كله يتفق مع العقل وإلا فإن الإنسان قد يرتب الشيء ترتيباً لا يشك بحال في أن أثره سيوجد فيه ويترتب عليه لكنه رغم هذا فقد يتخلف الحكم وهذا إبراهيم عليه السلام حشد له الناس الوقود من كل مكان وأشعلوا فيها النار والقوة فيها فكانت صليماً برداً وسلاماً فكذلك التعاقد بالربا مثلاً وإن صدر الإيجاب والقبول وارتضى المتعاقدان ما اتفقا عليه فإنه لا يترتب عليه حكم ولا يظهر له أثر لأن الحكم من عند الله والله لم يرتب على هذا أثراً لأنه منعه وجرمه وأحل الله البيع وحرم الربا ، فآله سبحانه وتعالى جعل العقد سبباً للحكم ، ولكن الربط بين السبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته يقول صاحب كشف الأسرار (٢) : « إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها . وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، والعقود داخلة في العلل الشرعية وفي هذا يقول ابن تيمية (٣) : « الأحكام الثابتة

الفقه الإسلامي
العقود أسباب
عملية شرعية
للإحكام

(١) المادة ١٣٥ .

(٢) راجع في كشف الأسرار على البردوي ج ٤ ص ١٢٩١ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٣٥ .

بأفعالنا كالمالك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح . نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه . . . وإليك بعض ما يقوله الإمام الغزالي وهو فيلسوف . وللغلاسفة نظرة تختلف مع نظرة الفقهاء في هذا الموضوع . ولكن مع هذا فيقول الغزالي (١) إن الله سبحانه وتعالى هو الذي أضاف الأحكام إلى أسبابها . لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها بل بأيجاب الله تعالى ، وإنما كان حكم العقد وأثره من عند الله سبحانه وتعالى . كي لا يبغى الناس بعضهم على بعض نتيجة رغباتهم المختلفة وأهوائهم المتباينة التي قد تؤدي إلى الغبن والغرر فمنعنا لهذا وحسبنا للنزاع بين الناس جعل الله العقد سبباً وطريقاً لظهور الحكم الذي جعله الشارع فالحمد لله سبحانه يقول : دياً أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فقرر لنا أصلاً عاماً يمنع من إخراج شيء من ملك الغير إلا برضائه فإذا تم الرضاء وجب الوفاء فيقول الله : ديا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، ويقول : د وأوفوا بالعهد إن العهد كان مستولاً ، فهذا يكون الله جل شأنه جعل الرضاء أساس التعاقد ، ويكون قد أمر بالوفاء بالعقد .

سبب رأى
الفقهاء

٢٩٣- مد الشارع لما يشترطه العاقد : من أجل هذا ومنعاً للتحايل في

العقود - بإدخال شروط يتفق عليها المتعاقدان لتحقيق رغبة أحدهما التي قبلها الآخر لحاجته للعقد مع أنها تخل بالموازنة أو تخرج عن طبيعة التعاقد الأصلية إذ الشخص لا شك في أنه يندفع في شروطه جرياً وراء رغباته حتى يخرج بالعقد عن طبيعته ويصل إلى ما حرم الله من أكل أموال الناس بالباطل بما قد ينتجه الشرط من غرر - لجعل الشارع حداً لما يشترطه الناس في عقودهم وما يوجدونه من عقود تحقق تعاملهم فإن تجاوزوها كانت لاغية لا اعتبار لها . بل قد يسرى فساد الشرط على نفس العقد فيؤثر عليه . لكن هذه

الحدود التي جعلها الشارع تحد من حرية المتعاقدين في عقودهم وشروطهم،
يذهب الفقهاء فيها مذاهب مختلفة بين مضيق وموسع وإليك التفصيل :

— الظاهرية —
يرون الأصل
الحظر

٢٩٤ - الظاهرية يرون الأصل في العقود والشروط الحظر : فبينما

نجد الظاهرية يرون أن الأصل في العقود وما يتصل بها المنع والتجريم ولا
يباح إلا ما أباحه الشارع وورد به نص من الكتاب والسنة أو إجماع لأنها
تتضمن حل ما كان محرماً أو ممنوعاً فأخذ مال الغير بعوض أو بعير عوض
تغيير لأصل ملكيته المشروعة وإباحة تملك الغير لها أو الانتفاع بها بعد أن
كان ذلك ممنوعاً وما يتبع ذلك من تفاوت بين الصفتين واستفادة أحدهما أكثر
من الآخر وفي الزواج فإنه عقد يجعل ما كان ممنوعاً على الزوجين ومحرماً مباحاً
وجائزاً بحكم العقد . فلهذا ولأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال
العاقدين وإراداتهم قرر الظاهرية أن الأصل في العقود التحريم، والخروج إلى
الإباحة، لا بد أن يكون نص وإلا فإذا كان العقد أو الشرط لم يرد به نص فلا
يترتب عليه أثره الشرعي (١) ولا يعمل به ، وقالوا : إنه إذا عمل به ، واعتبر
العقد أو الشرط وترتب عليه أثر نكون قد أدخلنا في الدين ما ليس منه . أما إذا
انعقد هذا العقد الذي أنشأه المتعاقد ، أو اتصل هذا الشرط الذي اشترطه
المتعاقد من عندهم ، ولم يترتب عليه حكم . فلا يكون بذلك عقداً . إذ العقد
إنما يقصد به أثره وحكمه ! وواضح أن هؤلاء الفقهاء قد ضيقوا على الناس
في معاملاتهم حينما يقفون بالعقود والشروط عندما كان عليه الناس وقت
ظهور الإسلام ولم يحسبوا لاختلاف الأزمان ، وتطور التعامل بين الناس
اتساعاً . أي حساب . وإنهم فوق ذلك وقفوا عند النص والإجماع ، ولم يجد
القياس عندهم طريقاً للأخذ به .

الفقه الحنبلي
الأصل الإباحة

٢٩٥ — ابن حنبل الأصل في العقود والشروط عنده الإباحة :

وعلى النقيض من الظاهرية نجد الفقه الحنبلي ، وبالأخص الفقيه ابن تيمية منهم . يوسع على الناس في أمور معاملاتهم فيجعل الأصل في العقود وما يتصل بها الإباحة لا الحظر . فالإنسان له أن يعقد أى عقد يراه . وجد له نظير من قبل أو لم يوجد ، ويضيف من الشروط ما يرغب ويريد ما دام لم يرد من الشرع ما يمنع من ذلك وكان في مصلحة المتعاقدين ، ولا يخالف أصلا في الدين ، ويرى الفقه الحنبلي أن أمر الشارع بالوفاء بالعقود جاء عاما فشمل كل عقد لم يمنعه الشارع . وجد من قبل أم لم يوجد ، وشمل كل ما يدخل عليه من شروط تحقق التراضي بينهما مادام لم يرد في الشرع ما يمنعه كما يرون أن الشارع قد جعل الأساس في التعامل الرضا في قول الله تعالى : «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» ، فكان أساس العقد فيها هو الرضا والاختيار لا غير ، ولهم بعد ذلك في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الدليل الصريح «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» . ولذا فكان من الحق أن يقال إن فقه ابن حنبل وإن عرف عنه التشدد في العبادات إلا أنه أيسر المذاهب على الناس في المعاملات .

الأحناف
والشافعية

٢٩٦ — فقه الأحناف والشافعية : وبين هؤلاء ، وهؤلاء ، نجد الأحناف

والشافعية على شيء من القرب من قاعدة الحظر في العقود التي هي شعار الظاهرية ، وإن كان لهم من القياس والاستحسان والاستصلاح والعرف (١) على الخصوص ما يجعل في حظرهم إباحة ، وفي تضييقهم سعة ، وقد بينا في مدخل دراستنا هذه مدى أثر هذه الأمور والأخذ بها في الأحكام .

المالكية

٢٩٧ — فقه مالك : وبعد هذين المذهبين نجد بالقرب من الأصل الآخر

مذهب الإمام مالك فوق ما يأخذ به في مذهبه من المصالح المرسلة ، فهو وإن

(١) الهداية ج ٣ ص ٣٩ « . . . إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس » .

كان لم يتخذ شعار ابن حنبل شعارا لفقهِه إلا أنه في فروعهِ وتطبيقاتهِ نجده أقرب إلى الفقه الحنبلي في هذا من الفقهاء الآخرين وبذا نجد الفقه الإسلامي في هذا بين مدرستين الظاهرية الذين لا يبيحون عقداً أو يجيزون شرطاً إلا إذا كان قد ورد به نص ويقرب منهم الشافعية والحنفية ، والفقه الحنبلي لا يمنع عقداً أو شرطاً إلا إذا ورد في منعه نص ويقرب منه فقه مالك واليك وما يراه الأحناف في الشروط وأقسامها فهم يقسمون الشرط المقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام : ١ - صحيح ٢ - باطل ٣ - فاسد - وقالوا كما يبين من كتبهم (١) .

٢٩٨ - الشرط الصحيح : إما أن يكون ١ - شرطاً يقتضيه العقد - أو شرطاً يؤكد ما يقتضيه العقد - أو شرطاً جاء به شرع - أو شرطاً تعارف الناس عليه وتعاملوا به . أما أن يكون جاء بمقتضى العقد أو مؤكداً لمقتضاه أو أذن به الشرع فهو شرط صحيح معتبر عند جميع الفقهاء ، أما الظاهرية فلأنه ورد به نص يحزه وأما الحنابلة فلما علمت فوق ذلك من أن الأصل الإباحة وأما ما ورد به عرف فهو ما لا يعترف به الظاهرية .

٢ - أما الشرط الذي يقتضيه العقد فهو في الواقع لم يأت بحديد في العقد ويمثل له السيرخسي د ك شرط الملك للمشتري في المبيع ، أو شرط تسليم الثمن ، أو تسليم المبيع ، واشتراط حل المعاشرة بين الزوجين في عقد الزواج فالبيع جائز لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيده إلا وكادة . ومن هذا أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق عليها ، واشتراط رد المبيع عند العيب .

٣ - يؤكد مقتضى العقد : وهذا في الواقع شرط مكمل للعقد كاشتراط إحضار المشتري كفيلاً بالثمن المؤجل أو يقدم له رهناً فالثمن يقتضيه العقد

(١) المبسوط ج (١٣) ص ١٤ - ٢٨ ، الزيلعي ج ٤ ص ٥٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ ، الهداية ج ٣ ص ٣٩ .

ويؤجبه والكفيل يؤكده عند التأجيل ، وكذلك ما يقوله الكمال بن الهمام
كان يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه .

هـ - أو كان هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد إلا أنه قد أجازته الشرع
وورد به ، وهو كما يقول الزيلعي ، أو شرطاً فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار
والأجل ، فإن اشتراط خيار الشرط في العقد لأحد المتبايعين مثلاً ، أو
اشتراطه تأجيل الثمن وعدم دفعة عند العقد أجازته الشارع وورد به . مع أن
هذا يخالف ما يقتضيه العقد الذي هو تمامه بمجرد انعقاده ، ووجوب الثمن
فوراً لا انتقال ملكية كل من المبيع والثمن للمشتري والبائع :

جاء به الشرع

ز - أو كان هذا الشرط قد ورد به العرف وأجازته وهو كما يقول الزيلعي
أيضاً : د أو شرطاً فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يخذوها
البائع ، فإذا اشترط المشتري على البائع أن يصليح له ما اشتراه منه أو اشترط
على التاجر أن يخطب له القماش الذي اشتراه منه معطفاً أو اشترط من
الكهربائي نجفة ، واشترطت عليه أن يقوم بتركيبها في منزلك إلى غير ذلك
مما هو متداول وأجازته العرف .. وفي الأخذ بالعرف هنا رحمة بالناس
واسعة والله دكم الأحناف ومن معهم حينما قالوا بقاعدة الأخذ بالعرف :

جاء به العرف

٢٩٩ - الشرط الفاسد : - ما حقق منفعة لأحد العاقدين أو لآخر غير

— ٢ —
الشرط الفاسد

ما تقدم في الشرط الصحيح كأن يبيع أرضاً على أن يستأجرها البائع ، أو يتزوج
بها وتشرط الزوجة في عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها . فالزوجة طرف
في العقد وهي محل العقد في نفس الوقت فيكون الشرط قد حقق منفعة لأحدهما
أو للمعقود عليه وهنا نجد الأحناف يفرقون بين عقود المبادلات المالية ،
وغيرها ، فيقولون إن هذا الشرط إذا دخل في عقود المبادلات المالية أفسد
العقد أصلاً ، ولا ينعقد لأن هذا الشرط يؤدي إلى النزاع والغرر ويتنافى مع
مقتضى العقد الذي يتمسك به الآخر فتكون المنازعة التي يمنعها الشارع ، وفوق
ذلك فإن اشتراط ذلك في العقد يقابله شيء في الثمن ويكون له دخل في

عقود المبادلات
المالية

الموازنة بين السلعة والثمن وفي هذا يقول صاحب المبسوط « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد ، لأن الشرط باطل في نفسه ، والمنفعة به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط . فلهذا فسد به البيع ، وكذلك إن كان فيه منفعة للعقود عليه وذلك كما إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فإن العبد يعجبه أن لا تتناوله الأيدي ، وتتمام العقد بالعقود عليه ... ، ويعمل صاحب الهداية سبب فساد العقد نفسه بهذا الشرط بكلمة موجزة ، لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد من مقصوده إلا أن يكون متعارفاً ، وهذا وعقود المبادلات المالية تشمل البيع والإجارة والصلح على مال وغير ذلك (١) .

أما إذا كان العقد الذى دخل عليه هذا الشرط الذى ينتج منفعة لأحد المتعاقدين أو لمحل العقد من غير هذه العقود كعقد الزواج والطلاق والتبرعات والتوثيقات فإن العقد ينعقد صحيحاً والشرط لا اعتبار له ولا أثر ويكون العقد صحيحاً والشرط لا غياً فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند العقد أن لا ينقلها من بلدها أو اشترط هو عليها أن يتزوجها من غير مهر صح عقد الزواج وكان الشرط لا غياً . فله أن ينقلها معه إلى أى بلد يتجه إليها ، ولها فى المثال الثانى مهر مثلها .

وسبب تفرقة الفقهاء بين عقود المبادلات المالية وغيرها من العقود . سبب التفرقة هو أن عقود المبادلات المالية فيها موازنة بين السلعة والثمن ويعمل كل من طرفى العقد بما يشترطه من شروط أن يتعادل مع الطرف الآخر فلو ألغينا الشرط وأبقينا العقد اختل التوازن وبطل التعادل وقد سبقنا إليك ما قاله صاحب الهداية .

— ٣ —
الشرط الباطل ٣٠٠ — الشرط الباطل : — ما لم يتوافر فيه شيء مما قلناه في الشرطين

الصحيح والفساد وهو شرط كعدمه فلا يعتد به ولا يلتفت إليه وهو لغو كمن
يبيع لآخر داره ويشترط أن لا يسكنها المشتري مدة أو يبيع شخص لآخر
كتابا بشرط ألا يقرأ فيه إلا بعد سنة ولا شك في أن مثل هذا لغو ينزّه
عنه العقلاء فلا يدخل في العقد ولا يعمل له أي حساب ولذا كان العقد
صحيحا نافذا والشرط باطلا. هذا تفصيل ما قاله السيادة الأحناف ولا تتسع
دراستنا هذه لأكثر من ذلك .

الفصل الخامس

محل العقد

٣٠٢ - محل العقد إما مال أو عمل أو منفعة^(١): محل العقد هو ما كان التعاقد ^{محل العقد} مال. عمل. منفعة

بخصوصه وواقعا عليه . فهو الذي تتعلق به أحكام العقد وآثاره ، ولا بد لكل عقد من محل يضاف إليه . ففي البيع يكون محل العقد هو المبيع الذي كان التعاقد بخصوصه ، وفي عقد الإجارة يكون محل العقد هو المنفعة التي يستفيد بها المستأجر من العقد كسكنى الدار أو ركوب السيارة أو عمل المهندس ، والطبيب والمحامي ، ومحل العقد في المزارعة عمل المزارع وفي الزواج فإن محل العقد هو الزوجة نفسها مع أنها طرف في العقد في الوقت نفسه . فمحل العقد لا يخرج عن أن يكون مالا ، أو عملا ، أو منفعة ، وقد يرد على محل العقد ما يجعله غير قابل للتعاقد عليه شرعاً . كورود حكم الشرع على الخمر والخنزير بالتحريم فإنه بذلك لا يصلح محلاً لتعاقد المسلم لقوله عليه السلام «إن الذي حرم شربه حرم بيعها وأكل ثمنها» ، ولأنه ليس بمال في حقنا . ومع هذا فإنه يصلح محلاً للتعاقد بالنسبة لغير المسلمين يقول صاحب الهداية (٢) : « وأهل لذة في المبيعات كالمسلمين إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ، وكورود حكم الشرع بتحريم زواج المرأة إن كانت أختاً أو أماً أو في عدة رجل آخر ، وتحريم التعاقد على الربا مع أن محل العقد مال يصلح فيه التبايع ، ولكن عند اتحاد الجنس ، فلا تصح الزيادة في أحد البدلين لأن محل العقد قد ورد عليه تحريم الشارع بهذا الوصف : «وأحل الله البيع وحرم الربا» ، إلى غير ذلك مما يخرج الشيء عن صلاحيته للتعاقد عليه .

في يصلح المحل
للتعاقد

(١) راجع في هذا الموضوع جميع البدائم ج ٥ ص ١٣٨

(٢) ج ٣ ص ٦٤ وراجع فتح القدير والعناية ج ٥ ص ٣٦٠ .

شروط محل العقد ٣٠٢ - ما يشترط في محل العقد: اشترط الفقهاء فيما يكون محل عقد شرعاً :

- (١) أن يكون موجوداً وقت العقد . (٢) أن يكون متعيناً خالياً من كل غرر يؤدي إلى تنازع بين المتعاقدين . (٣) أن يكون قابلاً لأثر العقد ومقتضاه . (٤) أن يمكن تسليمه .

٣٠٣ أنه يكون موجوداً وقت العقد : قلنا إن لكل عقد أثراً وحكماً يتصل به فعقد البيع أثره انتقال الملكية ، وهي أمر معنوي غير محسوس . فانتقال الملكية الذي رتبته الشارع على عقد البيع مثلاً لا بد لوجوده وتحقيقه من تعلقه بشئ . موجود مستقر عند العقد . وعلى هذا فالأحناف وكثير من الفقهاء يرون أن المردوم وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون محلاً للعقد . ومنعوا بيع الحمل في بطن أمه لأنه قد يظهر ميتاً ، واللبن في ضرع الدابة مجازفة أو كيلاً مثلاً لأنه قد يكون انتفاخاً لا لبناً (١) ، والثمره قبل ظهورها لأن الأرض قد لا تنبت ، ولا يجوز أن يبيع شخص لآخر نصيبه في تركه موروثة لأن الوارث قد يموت قبل مورثه ، أو قد يتصرف المورث في ثروته قبل موته ، لأن في هذا غرراً وهو منهي عنه شرعاً لما يحدثه من تنازع ، والعقود في ذلك كلها سواء لا فرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع أو غيره .

— ١ —
وجوده وقت
التعاقد

تعارض بعض
العقود مع هذا

٣٠٤ — عقود لا يوجب محلها عند التعاقد وأجزاؤها الشارع : يتعارض مع هذه القاعدة ما أقره الشارع لكثير من العقود التي لا يوجد فيها محل العقد وقت التعاقد . فقد أقر الشارع مثلاً عقد الإجارة (٢) مع أن محل العقد الذي هو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة العقد غير موجود وقت التعاقد لأن المنفعة إنما تتجدد ساعة فساعة .

الإجارة

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ ، الهداية ج ٣ ص ٣٥ والفتح والعناية ج ٥ ص ١٩٢ .
البدائع ج ٥ ص ١٣٨ .

(٢) الإجارة : عقد تملك المنافع بعوض وهذا النوع من العقود يطلق عليه في القانون بعقد المدة أو العقد المستمر وقد فصلنا القول عن عقد الإجارة في كتابنا المال والإلتزام ص ٣٤١ .

وقد أقر الشارع عقد الاستصناع (١) مع أن الذي عليه التعاقد غير الاستصناع موجود وقت العقد ، ولا يمكن تسليمه . فلو اتفقت مع صاحب آلة طباعة أن يطبع لك كتاباً ، أو اتفقت مع الحائك على أن يخيط لك ثوباً فإن عمل الصانع وهو طباعة الكتاب وخياطة الثوب غير موجود وقت العقد ، وقد أقر الشارع عقد المزارعة (٢) مع أن محل العقد وهو عمل الزارع في زراعة الأرض وإعدادها غير موجود وقت العقد وهكذا . ومن هذا القبيل عقد السلم (٣) فإنه يبيع أجل بعاجل فالمبيع عند التعاقد لا يعتبر موجوداً وإنما يبقى ديناً في ذمة البائع يسلمه للمشتري في الزمان والمكان المتفق عليه مع أن الثمن يدفع فوراً عند التعاقد ، ومثله ما يحدث أمامنا من أن يبيع الزارع للتاجر قدراً من القمح أو القطن قبل نضجه وبمجرد ظهور ثمره . من كل ما تقدم وأمثاله تجد أن هناك بعض العقود لا يوجد فيها محل العقد عند التعاقد فما رأى الفقهاء في تناقض هذا مع قاعدتهم .

٣٠٥ — الفقه الحنفى : قال الأحناف هذه العقود جاءت استثناء من القاعدة الأصلية . ومع هذا فيمكن التوفيق بالقول بأنه إنما يشترط وجود المحل إذا اقتضى العقد بطبيعته وجوده كما في عقود البيع ، فإن ملكية المبيع تنتقل فور تمام العقد إلى المشتري ومن حقه الانتفاع بها على أى وجه فلزم لذلك وجود المبيع وعلى هذا الأساس فلا يصح بيع الزرع قبل ظهوره ولا بيع اللبن في الضرع ، ولا بيع الحمل قبل الولادة لاحتمال عدم إنبات الأرض للنبات ، وإفراز الضرع للبن وانفصال الحمل حياً . أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضى وجود المحل وقت التعاقد كما في عقد الإجارة والاستصناع والمزارعة وعقد السلم فإنها تنعقد مادام وجود المحل متوقعاً عادة .

الأحناف يمنعون التعاقد على المدوم إلا ما استثناءه الشارع

(١) عقد على عمل الصانع .

(٢) عقد على عمل الزراع .

(٣) السلم يبيع أجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن وله شروط راجعها في كتابنا المال

الإلتزام من ٣٣٣ .

٣٠٦ - فقه مالك: أما الإمام مالك : فإنه يفرق لاشتراط وجود محل العقد مالك يجيز التبرع بالمعدوم ويتوسم في المعاوضات عند التعاقد بين عقود التبرعات ، والمعاوضات . فأجاز التبرع بما هو معدوم وقت العقد فيصح أن يهب مافي بطن الدابة من حمل ومافي ضرعها من لبن ومافي جوف الأرض من نبات بعد وضع بذوره وما ينبتة الشجر والنخل من ثمر وتمر . وأما عقود المعاوضات فأجاز أيضا التعاقد على كل ما لا يمكن وجوده دفعة واحدة ما دام قد ظهر منه شيء كما في الخضروات ، البطيخ والباذنجان وأمثالها ، على كل ما لا يمكن وجوده عند التعاقد كمنفعة المستأجر بالعين وكعمل الصانع والمزارع والطبيب والمحامي وغيرهم من عمل الأجير خاصا كان أم عاما وعلى هذا تعارف الناس وبذا يكون مالك قد توسع في التعاقد على المعدوم دون الأحناف وغيرهم ، الذين يمنعون بيع مثل هذا (١) .

٣٠٧ - عصمة الحنابلة : وهناك ابن تيمية ، وابن القيم من فقهاء المذهب الحنبلي - يجيزان التعاقد على المعدوم مطلقا وفي كل العقود مادام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر وهما يريان أن ماورد في الشريعة إنما ينصب على النهى عن بيع الغرر (٢) . فهما يريان - وأرى معهما - أن العلة في منع التعاقد على المعدوم هو منع الغرر ، ومخافة التنازع . فإذا كانت العلة هي هذا وهي موجودة في محل العقد الذي يكون موجودا وقت التعاقد وغير مقدور التسليم كالبحير الشارد . والفقهاء قد اشترطوا أن يكون محل العقد متعينا بحيث ترتفع الجهالة ويزول الغرر فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد .

٣٠٨ - بيع الثمر على الشجر والخضار في الأرض له للتجار : يتفرع على هذا

ابن تيمية من الحنابلة يجيز التعاقد على المعدوم

بيع الثمر قبل نضجه

(١) البدائم ج ٥ ص ١٣٩ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٩٤ ، وراجع المغني ج ٤ ص ٦٤ وراجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٢) الغرر ما لا يقدر التعاقد على تسليمه موجودا كان أو معدوما . وراجع أعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٣٥٨ ، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها فله في الموضوع بحث قيم وهو الفيلسوف الذي نقل عنه ابن تيمية .

بيع الخضر والتمر بعد ظهوره وقبل نضجه . أو يبيعه قبل ظهوره البتة . فهل يجوز مع انعدام محل العقد وقت التعاقد أم لا يجوز ؟

(١) فإن كان قبل ظهور الزرع أو التمر البتة فلا يجوز البيع لقوله صلى الله عليه وسلم «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه، فلفظ منع يفيد أن ما وقع عليه البيع كان غير موجود البتة .

وهذا باتفاق الفقهاء جميعاً خوفاً من تلف الثمر وعدم ظهور الزرع أو إصابة ذلك بعاهة تهلك المحصول فيكون فيه غرر ومقامرة وهما يفضيان إلى التنازع .

(ب) أما إذا كان الزرع والتمر قد ظهرا وأصبح ينتفع بهما انتفاعاً كاملاً فيصح التعاقد لأن محل العقد موجود ويجوز بقاء النبات على الشجر والزرع في الأرض فترة حتى يتم الحصاد عند غير أبي حنيفة وأبي يوسف .

ح - أما إذا كان قد ظهر الزرع في الأرض والتمر في الشجر ولكن بحالة لا يمكن الانتفاع به انتفاعاً كاملاً بأن كان العنب حصرماً أو كان البلح بيراً فقد أجاز ذلك محمد بن الحسن ومالك ورواية عن الشافعي وأحمد وخالف باقي الأحناف يقول ابن قدامة (١) لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام أن يشتريها بشرط بقاءها فلا يصح البيع وأن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع لأن المنع في الأولى كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها الثالث أن يبيعها من غير اشتراط البقاء أو القطع فالبيع باطل وبه قال مالك والشافعي وأجازوه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي القطع وكذا بالنسبة لبيع الزرع الأخضر في الأرض أما إذا بدا صلاح الثمرة والخضر جاز بيعها مع اشتراط إبقائها إلى الجراز وبشرط قطعها وهو مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز مع اشتراط بقاءها خلافاً لمحمد بن الحسن منهم . هم يرون أن هذا الشرط فيه انتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يحز أما دليل الجواز

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٥ — ١٩٦ البدائم ج ٥ ص ١٣٩ — ١٧٣ ، الزيلعي

ج ٤ ص ١٢ ، المغني ج ٤ ص ٨٠ — وما بعدها ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها

نُصَحَ البعض دون ^{البعض} فما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة، وهذا يدل على أنها إذا كانت بحالة لا تصاب بعدها بعاهة جاز إبقاؤها.

د - وعلى هذا لو كانت حديقة فيها شجر به ثمر بدأ صلاحه ومعه في نفس الشجر ثمر لم يبدو صلاحه هل يجوز بيعه مع اشتراط التيقية؟ يرى البعض جواز ذلك إذا العبرة بالغالب ولأن اشتراط بدو صلاح الثمر جميعه فيه مشقة على الناس في معاملاتهم كما يؤدي إلى الاشتراك في الشجرة الواحدة وتعدد الأيدي وفي الشركة على هذا ضرر بهما .

وعلى كل فقد صار للناس في عصرنا الحاضر خبرة في التقدير ومعرفة لا تختل فوق أن الناس قد تعارفوا على ذلك وارتفع الغرر مع الخبرة فانتفت العلة التي من أجلها شرع المنع عند من قال به . . .

٣٠٩ - أنه يكون محل العقد متعيناً بما يرفع الجهالة المفضية للضرر :
اتفق الفقهاء جميعاً على اشتراط تعيين محل العقد بما ينفي الجهالة الفاحشة منعاً للغرر والنزاع بين طرفي العقد وجعل الأحناف العرف حكماً في أن الجهالة فاحشة أو يسيرة . إذا كان محل العقد مجهولاً كأن يتم التبائع على ساعة من غير بيان نوعها أو قطن من غير بيان صنفه أو شاة من قطيع غنم ، أو كان يستأجر سيارة للتريض ولم يحدد لها وقتاً ولا موعداً فكل هذا يؤدي إلى التنازع لأن فيه جهالة فاحشة (١) .

- ٢ -
تعيين محل العقد
بما يرفع الجهالة

وقد تكون الجهالة الفاحشة في جنس محل العقد كأن يبيع تاجر لآخر كل ماله في محل التجارة من غير أن يعرف المشتري ما فيه من الأصناف والأنواع ، وقد تكون الجهالة الفاحشة في قيمة محل العقد كأن يبيع شخص لآخر شاة من غنمه - مع تفاوت قيمها - من غير تحديد لهذه الشاة ، أو أن يبيع تاجر أصواف لآخر ثلاثة أمتار من الصوف من غير تعيين للصوف مع تفاوت قيمه . ففي كل هذا جهالة تفضي إلى التنازع وتجعل المحل غير متعين

الجهالة الفاحشة في
الجنس أو في
القيمة

تعييناً تاماً فلا ينعقد شيء من هذه العقود. أما إذا كانت الجهالة يسيرة لا تفضي إلى النزاع والعرف جرى على التعاقد مع وجودها كأن يبيعه مائة برتقالة من نوع معين، أو مائة بيضة دجاجة مع تفاوتها في الأحجام فيتم العقد معها (١)

٣١٠ — ما يتعين به محل العقد : ويتعين محل العقد وتنفي عنه الجهالة ويصير معروفاً للمتعاقدين إما برؤيته وقت العقد ، وإما برؤيته قبل العقد بوقت لا يحتمل معه تعيره ، أو برؤية شيء منه إن كان متماثل الآحاد والأجزاء ورؤية البعض تغني عن رؤية الكل كأن يعطيك تاجر أقمشة قطعة صغيرة لمعاينتها والتعاقد على أساسها أو قدرا من صفيحة مسلي أو زيت أو من قطن أو حب معبأ وهكذا كما يتعين محل العقد من غير رؤيته ولا رؤية جزء منه وإنما بوصفه وصفاً دقيقاً يظهره للمشتري إن كان محل العقد ليس في متناول يدهم في مكان التعاقد كأن يكون قطناً مثلاً فيذكر البائع نوعه ورتبته ودرجة نظافته إلى غير ذلك مما يصير به محل العقد معلوماً متعيناً. هذا بالنسبة لجميع عقود المعاوضات اتفاقاً لأنها مبادلات مالية يراعى فيها الموازنة بين الشيء وعوضه أما عقود التبرعات فإن الأحناف وإن كانوا يشترطون فيها أيضاً تعيين المحل إلا أنهم يغتفرون فيها من الجهالة ما لم يغتفروه مطلقاً في عقود المعاوضات وبعد الأحناف نجد الشافعية والمالكية على طرفي نقيض في هذا فبينما نجد الشافعية يشترطون هذا في عقود التبرعات ولا يفرقون بينها وبين عقود المعاوضات في شيء إذ بنا نرى الفقه المالكي عكس ذلك فلم يشترطوا لتمام عقود التبرعات تعيين محلها وأجازوا فيها - كما يحدثنا القرافي - المعلوم والمجهول لأنها إحسان صرف (٢) وهي عقود لا تتم إلا بالقبض فالجهالة لا تفضي إلى منازعة. ولعل الأحناف كانوا أولى بهذا من المالكية خصوصاً لأن عقود التبرعات غير ملزمة للمتبرع ويصح أن يرجع فيها حتى بعد تمام القبض ما لم يحدث مانع يمنع الرد على

عقود التبرعات
وهذا الشرط

جهالة المحل
وعقود التبرعات

(١) راجع البدائع ج ٤ ص ١٧٩ .

(٢) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٩٤ .

تفصيل في ذلك موضوعه في الهبة والعارية (١)

٣ —
قبول المحل
لحكم العقد

٣١١ — أنه يقبل المحل حكم العقد الذي رتبته الشارع : واتفق الفقهاء أيضا على أن يكون محل العقد لم يثبت عنه الشارع أو كما يقول صاحب البدائع (٢) ، أن يكون مالا فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد إلى آخره ، فإذا كان محل العقد حرا فلا ينعقد وإذا كان محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد في شريعة أحد المتعاقدين كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم كما قلنا وكعدم قابلية المسجد للبيع ، وكذلك إذا كان محل العقد منفعة مال أو منفعة ما ليس بمال أو كان عملا فإنه يجب أن يكون كل ذلك مشروعاً لم يرد عليه نهى الشارع وقد سبق بيانه ، وقد تناول بعد ذلك صاحب البدائع الكلام عن بطلان بيع ما اعتبره الشارع نجسا وما كان الأصل فيه اللهو والفساد . وساق لنا القاعدة التي يراها الإمام أبو حنيفة وهي أن كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه . . وما كان الغالب عليه الحرام لم يحز بيعه ولا هبته

٣١٢ — التعاقد على آلات اللهو : تكلم صاحب البدائع عن آلات الملاهي . آلات الموسيقى والشطرنج ومثل لها بالدف والمزمار ومن قبيلها جميع آلات الموسيقى : فالإمام أبو حنيفة يعتبرها أموالا إذ يمكن الاتِّفَاعُ بها فيما هو مشروع كما في الحروب فإن الموسيقى تبعث في نفس الجنود قوة وشجاعة وتشجدهم بهم وتقوى عزائمهم كما يفرق بها بين النكاح والسفاح وخالف في ذلك الأصحابان ، ولم يميزا بين بيع شيء من ذلك وقالوا إنه لا ينعقد عليها عقد ، ومثل ما قيل في آلات الموسيقى قيل في بيع الرد والشطرنج ويقول الكاساني صاحب البدائع والصحيح ما قاله الإمام أبو حنيفة .

٣١٣ — بيع لبن المرضع ولبن المرضع منع بيعه أبو حنيفة ومالك وبعض الحنابلة لأنه مائع خارج من أدمية فأشبهه العرق وأشبهه سائر أجزائها ، وأجازه بعض الحنابلة وهو مذهب الشافعي لأنه يتنفع به ويفارق العرق لأنه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها ولعل هذا الخلاف إنما يرجع إلى

(١) راجع كتابنا المال والالتزام من ص ٣٣٦ — ٣٥٦

(٢) ج ٤ ص ١٧٩ . وراجع في هذا نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٩ .

بيع لبن المرضع بعيدا عن الثدي وإلا فقد أباح الفقهاء عقد إجارة الظئر
المرضع ، لإرضاع الصغير .

٣١٤ — التعامل على نقل الدم : ولعلنا نستطيع أن نقيس على ذلك
بيع الدم ، إذ الحاجة قد تدعو إليه عند إنقاذ جريح قد استنفذت
جراحه جزءا كبيرا من دماؤه وفي إباحته أكبر نفع وأعظم فائدة فمن أباح
بيع لبن المرضع فقد أباحه لأنه ينتفع به في إحياء الطفل ونقل الدم قد
يتوقف عليه حياة الجريح وفي هذا ضرورة تدعو إلى إباحته . وعلى كل
فالمسألة يجب أن تكون محل نظر .

ويمكن أن يقاس على هذا أيضا سلخ قطعة من جلد من جسم إنسان
ليرقع بها جسم آخر شوهته الحوادث أو الأمراض ويقول ابن قدامة (١)
« وسائر أجزاء الأدمى يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والامة وإنما حرم بيع
الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه

— ٤ —
القدرة على تسليمه

٣١٥ — أنه يمكن تسليم العقد وقت التعاقد : فلا بد أن يكون المتعاقد قادراً
على تسليم محل العقد للآخر ولو حكماً كما تباع للغير بضاعة لم ترد بعد ، وجميع
العقود في ذلك سواء عند غير الإمام مالك الذي استثنى عقود التبرعات ،
ولم يشترط فيها القدرة على التسليم ، وأجاز التعاقد عليها من غير اشتراط
وجودها وقت العقد كما سبق بيانه ، ومن غير قدرته على تسليم المتبرع به مع
وجوده أيضا ولذا انعقد عنده العقد وتم الالتزام لو تبرع شخص ببيعه
الشارد وما كان ذلك عندما ملك إلا لأن عقود التبرعات ليست فيها مبادلات
مالية يترتب على عدم التسليم نزاع بين المتعاقدين وغرر .

(١) راجع المغني ج ٤ ص ٢٦٠ والبدائع ج ٥ ص ١٤٥ فقيه « لا ينعقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا
لأنه ليس بمال ولا ينتفع به إلا للضرورة وهي تغذية الطفل من الثدي ، ولأنه جزء من الأدمى
وهو بجميع أجزائه محترم وليس من الكرامة ابتذاله بالبيع ، وقال الشافعي يجوز بيعه لأنه
مشروب طاهر ، وبذا تجد الخلاف على بيعه منفصلا عن الثدي وأن تحليل بيعه بالارضاع لضرورة
إحياء الطفل ومنه تأخذ جواز أخذ الدم من جسم الإنسان بواسطة الأنايب وحقن الغير بها
وأخذ قطعة الجلاء من جسم لترقيع بها جسم الآخر لضرورة الإحياء . . .

المباح لا يصلح
محلا للتعاقد

٣١٦- هل يصح التعاقد على الاستيلاء على المباح : ولا يصح التعاقد

على المباح قبل حيازته إذ هو غير مقدور على تسليمه وقت التعاقد لأنه حين ذلك كان مباحا ويستوي فيه حق المتعاقدين على السواء مادام لم يدخل في حيازة أحد ، ولأن التعاقد على نفس الاستيلاء عليه وحيازته فيه غرر وجهالة تفضي إلى المنازعة وفيها مقامرة يمنعها الشارع فلا يجوز أن يبيع الصائد السمك في الماء ولا الطير في الهواء ولا الحيوان في الصحراء ، ولا يجوز أن يكون التعاقد على أن يطرح الصائد الشبكة في الماء أو الهواء فما جاء فيها فهو للتعاقد ولا يصح أن يكون التعاقد على أن يطلق الصائد مقدوفا من آلتة فما أصابه المقدوف من طير فهو له . لأن في هذا مقامرة وفيه جهالة تؤدي إلى التنازع كما لا ينعقد عقد تبرع بشيء من ذلك عند غير المالكية وإليك ما يقوله صاحب الهداية (١) في الفقه الحنفي : ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ، ولا يبيع الطير في الهواء ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم . . ثم يقول بعد ذلك : وضربة القانص . وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً . .

٣١٧- محل العقد في القانون : هذا موجز لما يراه الفقهاء في محل العقد . محل العقد في القانون

أما القانون فقد تناول هذا الموضوع في المواد ١٣١ إلى ١٣٥ وقد عرف الدكتور السنهوري (٢) محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين القيام به.

(١) ج ٣ ص ٣٥ وراجع في ذلك الفتح والعناية ج ٥ ص ١٩١ - ١٩٢ ثم ص ١٩٤ ١٩٥ وفيها ما نقله صاحب الفتح وصاحب العناية : قال في تهذيب الأزهرى نهى عن ضربة القانص . وهو القواص يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللأىء فهو لك بكذا . فهو يبيع باطل . لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ، وجهالة ما يخرج . وراجع في هذا أيضا البدائم ج ٥ ص ١٤٧ . وراجع أيضا بيع الغرر في مقدمات ابن رشد ج ٤ من ص ٢٢١ (٢) راجع الوسيط من ٤٧٥ إلى ص ٤١٣ . ويقول الأستاذ الدكتور حشمت أبو سنيت في كتابه مصادر الالتزام (الشروط التي يجب توافرها في محل الالتزام ثلثة أن يكون ممكناً وممينا أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب ، وراجع الموضوع من ص ١٩١ إلى ٢١٠ .

والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني . أو بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، وتكلم عن الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام والتي تؤخذ من نصوص القانون الجديد في المواد الخمسة المشار إليها فيشترط القانون أن يكون :

١ - المحل موجودا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو يكون ممكنا وجوده في المستقبل إن كان عملا أو امتناعا عن عمل . ولعل القانون الجديد ١٩٤٨/١٣١ الذي نحن بصددده قد انحراف عن الرأي السائد المعروف من قواعد الفقه الإسلامي فنص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٣١ د يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، بعد أن كان القانون القديم خلوا من هذا النص بل إن المادة (٣٢٠) من القانون المدني المختلط القديم تنص على «أن بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ، ومع هذا فالقانون الجديد فيما اتجه إليه يقرب مما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية في جواز التعاقد على المعدوم وقت العقد مادام يتعين بما يمنع الغرر . والقانون وإن أجاز التعاقد على شيء معدوم وقت التعاقد إلا أنه نص على بطلان العقد إذا كان المحل مستحيلا المادة (١٣٢) والتعامل في تركة المورث قبل وفاته ولو برضاه إلا فيما نص عليه القانون ف ٢ م ١٣١ .

٢ - أن يكون محل الالتزام معينا بذاته وإلا فبنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا إلى غير ذلك مما جاء في المادتين ١٣٣ ، ١٣٤ فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث وجودته يرجع إلى العرف أو إلى أي ظرف آخر يعين المحل في درجته وإلا فيلتزم المدين بالمتوسط .

٣ - أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل ، إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ، م ١٣٥ فلا يصح أن يكون الشيء محلا للالتزام إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

ومن الواضح أن القانون لم يشترط في المحل أن يكون مقدورا على تسليمه وقت التعاقد لأنه قد أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد وإنما يوجد في المستقبل .

القسم الثاني

العقاد

الفصل الأول

الأهلية

المعقد ٣١٨ X - المعقد : هو الذي يباشر إجراء صيغة العقد سواء أكان عقداً بالمعنى العام أم الخاص ، وسواء أكان يعقد لنفسه أم لغيره وسواء أكان له ولاية على هذا الغير في إصدار هذا التصرف أم لا . ولذا لزم أن نتكلم عن ١ - الأهلية التي تخول للشخص حق التعاقد وتجعل عبارته صحيحة معبرة ٢ - وعن ما يعترض هذه الأهلية من موانع ٣ - وعن الولاية التي تجعل عبارة الشخص نافذة وملزمة يترتب عليها أثرها الشرعي ٤ - ثم نتكلم عن الفضولي :

الأهلية ٣١٩ X - الأهلية : الإنسان من يوم ظهوره في الحياة تثبت له أهلية فتجب له وعليه الحقوق ويتدرج في هذه الأهلية حتى يكون صالحاً لصدور الفعل منه على وجه يعتد به ويكون أهلاً للإلزام والالتزام . لذلك قسم الفقهاء وعلماء الأصول منهم خاصة الأهلية إلى قسمين القسم الأول أهلية الوجوب . القسم الثاني أهلية الأداء .

أهلية الوجوب ٣٢٠ X - أهلية الوجوب : أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، أو هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه (١) ، ولا يبعد عن ذلك تعريف رجال القانون لها (٢) ، وسميت بذلك

(١) راجع التلويح والتوضيح في أصول الفقه ج ٣ ص ١٥٢

(٢) وشرح القانون للمرحوم فتحي زغلول ص ٢٦ * الأهلية نوعان : أهلية وجوبية وأهلية أداء ، وأهلية الوجوب هي كون الإنسان أهلاً لأن يكون له حق أو عليه حق . =

لأنها تتعرض لما يجب للشخص ، وما يجب عليه من ناحية أصل الحق والالتزام وهي موجودة في كل إنسان في جميع أطواره من بدء ظهور الحياة فيه حتى انتهائها منه فهي ملازمة لوجود الروح في الجسم من غير نظر إلى عقل وتميز أو غير ذلك . وقال الفقهاء : إن أهلية الوجوب تنبني على تحقق الذمة وقيامها بمن تثبت له الأهلية .

١٨٢- الزم : في اللغة هي العهد إذ الذم يلحق بمن ينقض العهد (١) .

الذمة

وعرفها الفقهاء في الشريعة بأنها وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه (٢) ، وهذا الوصف ينشأ ويتولد عن العهد كأن تتعاهد مع أهل الذمة فإنه يتولد عن هذا العهد وصف يحملهم أهلاً لأن يجب لهم مالنا وأن يكون عليهم ما علينا فالعهد هو المصدر الذي تنشأ منه الذمة . وهذه الذمة التي تنشأ من العهد تعتبر كسبب لصلاحية الإنسان للوجوب وأن يثبت له أهلية الوجوب . ويقول نثر الإسلام البردوي (٣) ، « الذمة نفس لها عهد وأن الأدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة ، أي لا يخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب ، بناء على العهد الذي جرى بين الرب والعبد كما تشير إليه الآيات الكريمة . » وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم

= وأهلية الوجوب أصل في أهلية الأداء « وراجع أيضاً الوسيط للدكتور السهوري من ص ٢٦٥ إلى ٢٧٨ فيقول « أهلية الوجوب (capacité-de. jouissance) هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية فالشخص سواء أكان طبيعياً أم اعتبارياً ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له من وقت ميلاده بل قبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً إلى وقت موته بل وبعد ذلك إلى حين نفيه تركته وسداد ديونه (المادة رقم ٢٩ تنص « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته ومع ذلك لحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

(١) « وتفسر الذمة بالعهد وبالأمان والضمان أيضاً . وسمى المعاهد ذمياً نسبة إلى الذمة بمعنى العهد . ١٤٠ مصباح .

(٢) تنقيح الحامدية ج ٣ ص ١٥٢ .

(٣) كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٣٨ .

وأشهدهم على أنفسهم ، « وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه » ، « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان ، فقد ثبت للناس جميعاً بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلاً للوجوب فالذمة والأهلية على هذا كلاهما من خصوصيات الإنسان فلا يثبتان لسواه كما لا يثبتان له قبل وجوده حياً وتنتهيان بانتهاء حياته (١) فمن هذا يفهم أن الأهلية والذمة لا تثبتان إلا للإنسان وله نفسه فلا يثبتان للإنسان قبل ولادته ولا بعد وفاته ، وبالتالي لغير الإنسان بشخصه فلا تثبت على هذا الذمة وأهلية الوجوب للشخص الاعتباري بل ويصرح الفقهاء بأن الوقف لازمة له . وقد أنكر بعضهم وجود وصف الذمة وافترضها ويرون أنه لا ضرورة لذلك إذ يكفي تمكين الشارع للدائن من استيفاء حقه من المدين ، ولا ضرورة للقول بأن لي في ذمة فلان كذا .

٣٢٢ - **الفقه الإسلامي والشخص الاعتباري :** وعلى كل فإن كان ما يفهم من الكلام السابق أن الفقه الإسلامي لا يعترف بالشخصية المعنوية لأن الأصل في الذمة وأهلية الوجوب أنهما من خصائص الإنسان . فإن هذا الأصل غير مطرد (٢) لوجود أحكام كثيرة في الفقه الإسلامي لا تقوم إلا على أساس الذمة وأهلية الوجوب الحكيميتين ، أو بمعنى آخر إلا على أساس وجود شخص اعتباري . فقد أجازوا الوصية والوقف على من لم يخلق ؛ وأثبتوا الإرث للجنين متى تحقق أو غلب على الظن وجوده في البطن عند موت المورث ، وقالوا بعودة الملك الذي زال عن الميت في حياته إليه بعد موته كالوقف يتخرب أو يستغنى عنه فإنه ينتهي وتعود ملكيته إليه فإن كان ميتاً انتقل إلى ورثته ، وأبقوا للميت على ملكه من تركته ما يحتاج إليه في تكفينه وتجهيزه ودفنه . كما أبقوا على ملكه أيضاً من تركته مقدار

الفقهاء والشخصية
المعنوية

(١) الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع شرح قانون الوقف لأستاذنا الجليل الشيخ فراج السهوري ص ٨٢١ —

٨٢٣ لفقرة ٥٥٥ .

ما يحتاج إليه في سداد دينه وتنفيذ وصاياه، ويبقى الموصى به على ملكه بعد موته حتى يقبل الموصى له، وأبقوا ذمة المتوفى مشغولة بالدين إذا كان له مال وهناك فوق ذلك ما يفرض لبيت المال، وما يجب على بيت المال، وهناك الأرض الموات والركاز والطرق والقناطر والمنشآت العامة. كل هذا لجماعة المسلمين وهم ليسوا أفراداً بأعيانهم وهناك بيت المال فهو وارث من لا وارث له، وتجب فيه نفقة الفقراء الذين لا يوجد لهم من تجب عليهم نفقتهم، وهذه المنشآت العامة من ترع ومصارف وطرق فإن كريبها وإصلاحها يفرض في بيت المال وقالوا أيضاً إن اللقطة إذا كانت في حاجة للإتفاق عليها وإلا هلكت أنفق عليها من بيت المال وكان ما أنفق ديناً على صاحب اللقطة لبيت المال، وهذه الصدقات قد بين القرآن مصارفها. وهي طوائف، وحظ كل طائفة وجب لمجموعها وإنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها.. الآية، وقالوا بجواز الوصية والوقف على الجهات والفقراء والمساجد والمستشفيات وكل ما يعود نفعه على العامة، وقالوا في الوصية والوقف على المسجد يكون ملك العين وغلة الوقف للمسجد مع أنه ليس إنساناً، وقالوا إن الوقف إذا عقد الناظر إجارته لآخر ثم مات الناظر أو عزل لا تفسخ الإجارة مع أن هلاك أحد العاقدين في عقد الإجارة فاسخ لها. وعللوا ذلك بقولهم: إن المؤجر هو الوقف لا الناظر، فإنهم من كل هذا يثبتون من غير شك ذمة اعتبارية وأهلية وجوب مفترضة.

٣٢٣- باقى الحيوانات وأهلية الوجوب : لانكتفى بما بيناه من قبل ما يجب للحيوانات

على لسان الفقهاء من إثباتهم لأهلية الوجوب بالنسبة للشخص الاعتباري فحسب بل نسوق إليك ما قالوه من أن نفقة البهيمة واجبة على مالكها ديانة وقال مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الأحناف إنها واجبة عليه ديانة وقضاء وتكون بدعوى حسبة (١) ترفع ضده من أى شخص فيأمره القاضي

(١) راجع في ذلك المعنى لابن قدامة ج ٧ ص ٦٣٤ — ٦٣٥ فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٦ الهداية ج ٢ ص ٤١ ، الاختيار شرح المختار ج ٢ ص ٢٥٠ . وما تقوم به جمعية الرفق بالحيوان الآن يشبه ذلك .

بالإتفاق عليها والإحسان إليها فإذا لم يأت أمر القاضي بأمرها عليه جبرا .
وبذا تكون للحيوانات حقوق ثبتت لها ديانة وقضاء وما هذا إلا قول
بأن لها أهلية وجوب أيضا ويؤخذ هذا من عموم قوله تعالى : وما من دابة
في الأرض إلا على الله رزقها ، ومن قول الرسول عليه السلام عذبت امرأة
في هرة سجنها حتى ماتت فدخلت فيها النار لا هي أطعمتها وسقيتها ولا هي
تركها تأكل من حشاش الأرض .

وبعد فما تقدم نتبين أن الفقهاء إذا نفوا الذمة وأهلية الوجوب عن
غير الإنسان المعين ، فإنهم لا ينفون إلا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين
تنشآن عن العهد والعقد ، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين . وما دام
فقهاؤنا يقولون بذلك ويعتبرون الجهات في الوجوب لها وعليها فإنهم قائلون
حتما بالشخص الاعتباري بأوسع المعاني .

هذه نظرة الفقهاء في أهلية الوجوب والذمة والشخصية الاعتبارية . أما
رجال القانون فقد سبق أن بينا تعريفهم لأهلية الوجوب وأنها لا تخرج عن
تعريف الفقهاء لها ، وكذلك فهم يعبرون عن الذمة بالشخصية القانونية ومنهم
من يرى أهلية الوجوب والشخصية القانونية أمرا واحدا فأهلية الوجوب
هي ذات الشخص منظورا إليه من ناحية القانون ومنهم من يرى أنهما أمران
مختلفان (١) . وعلى كل فأهلية الوجوب قسمان ناقصة ، وكاملة :

أهلية الوجوب ٣٢٤ - أهلية الوجوب الناقصة : تكون ناقصة في الجنين قبل ولادته
بشرط أن ينفصل حيا ، وإنما كانت ناقصة بالنسبة للجنين لأنه يحتمل الحياة ،
ويحتمل الموت قبل وجوده في الدنيا ، ولولا وجوده في الحياة فعلا أو حكما لما
ثبتت له أهلية مطلقا . ومعنى كون أهلية الوجوب ناقصة ، أنه يجب له الحقوق

(١) راجع الوسيط للدكتور السهوري ٢٦٦ وما بعد . وكذلك الشخص الاعتباري
شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب لأن الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية
لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

التي لا تحتاج إلى قبول كالوصية والاستحقاق في الوقف، وثبوت النسب لأن هذه تصرفات انفرادية تنشأ بإرادة المقر وحده، وكذلك فيثبت له حق الإرث، والوراثة خلافة عن المورث، وكذا تثبت الوصية استحساناً من غير حاجة إلى قبول. وفي هذا يقول الفنري على التلويح (١) : إن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنه ينتقل بانتقالها، ويقر بقرارها. ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيو للانفصال فيكون له ذمة من وجه حتى يصلح لوجوب الحقوق له كالإرث والوصية والنسب، أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول فإنها لا تثبت للجنين لأنه ليست له عبارة مطلقاً، وليس له في الفقه الإسلامي ولي عليه، ولا وصي حتى يقبل عنه الهبة. وإن كانت الشريعة الإسلامية أجازت إقامة أمين ليحافظ على مال الجنين. إلا أن هذا الأمين ليس له حكم الوصي، ولا يملك التصرف باسم الجنين... ولا يصلح لوجوب الحقوق عليه حتى لو اشترى الولي للجنين قبل الانفصال عن الأم شيئاً لا يجب عليه الثمن (٢)، فالجنين إذا ليس أهلاً لأن يجب عليه الحقوق ولا يثبت له منها ما يحتاج إلى قبول. وقانون المحاكم الحسبية ٩٩ لسنة ١٩٤٧ مل للجنين وصى نصت المادة الثالثة منه على تعيين وصي على الجنين ليحافظ على ماله، ثم جاء قانون الولاية على المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ بعد ذلك بصحة نصب الوصي على الحمل ليقبل الهبة هذا وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين.

لا يجب عليه
ولا يثبت له
ما يحتاج
إلى القبول

مل للجنين وصى

— ب —
كاملة بعد
الولادة حياً

٣٢٥X — أهلية المومنون الطامس: فإذا انفصل الجنين من بطن أمه حياً فإنه يستقبل في مستقبل حياته أهلية وجوب كاملة وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق والواجبات، وأهلية الوجوب هذه تثبت لكل إنسان كما بينا من قبل من وقت ولادته حتى مماته. والكل في ذلك سواء. الصبي، والبالغ والعاقل والمجنون والحر والعبد، والرجل والمرأة. غير أن أهلية الوجوب رغم كمالها بعد الولادة فهي لا تجعل الإنسان صالحاً للتعامل

فلا يكون لصاحبها حق التعاقد والالتزام بنفسه إلا إذا كانت له أهلية أداء (١) فأهلية الوجوب لا تتعلق بالتعامل مطلقا . إذ الذي يجعل الشخص أهلا للتعامل والتعاقد . هي أهلية الأداء . يقول الفنرى على التلويح (٢) « وأما بعد الانفصال عن الأم فتصير ذمته مطلقة لصيرورته نفسا مستقلة من كل وجه . فيصير أهلا للوجوب له وعليه حتى كان ينبغي أن يجب عليه كل حق يجب على البالغ . إلا أنه لما لم يكن أهلا للأداء لضعف بنيته اقتصر على ما يمكن أدائه عنه ،

أهلية الأداء. — ٣٢٦ — أهلية الأداء : هي كما يقول علماء الأصول « صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا ، (٣) . ونستطيع أن نقول إنها صلاحية الشخص للالتزام بعبارته وأن يطالب غيره ويطالبه الغير بما تم عليه التعاقد من آثار والتزامات . وأهلية الأداء هي الأصل في الإنسان الصحيح الكامل ويصح أن نعبر عن هذا النوع من الأهلية بأنه أهلية التعامل وسميت بذلك لأنها تتعرض لأداء الحقوق والالتزامات (٤) وإن كانت أهلية الوجوب أثرا من آثار الذمة ، فأهلية الأداء أثر من آثار

(١) المادة (٤٥) من القانون تنص « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقده التمييز .

(٢) الفنرى على التلويح ج ٣ ص ١٥٦ .

(٣) وفي كون أهلية الأداء تتوقف عليها جميع التصرفات القولية والفعلية . أو التصرفات القولية فقط محل نظر بين الفقهاء والكتاب من القانونيين أيضا — راجع ما كتبه المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم مجلة القانون والإقتصاد السنة الأولى من ص ٣٥٢ والسنة الثانية من ص ١ وراجع الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٢٧١ ، الأموال ونظرية العقد ص ٣٢١ للدكتور محمد يوسف — الموجز للدكتور السهوري ص ٨١ ، النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص ٧٠ .

(٤) وفي القانون أهلية الأداء « Capacité.d'exrcice » صلاحية الشخص لأن يباشر كسب الحقوق وإيجاب الالتزامات الوسيط للدكتور السهوري ص ٢٦٨ الإلتزامات للدكتور حشمت ص ١٢٨ .

العقل (١) والتمييز . والتمييز هو الذي يجعل الشخص مدركا لعبارة فاهما ما يقصد بها ، وينتج عنها فيعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ومن يفهم معاني الألفاظ ومدلولاتها ويدرك ذلك كان مميزا ، وقالوا إن الإنسان الطبيعي لا يمكن أن يتميز هذه الأشياء ويفرق بينها قبل سن السابعة (٢) . والاساس في وضع الأحكام دائما هي حالة المجموع لا حالة الفرد . ولذا كانت للإنسان مع أهلية الأداء أطوار مختلفة تختلف معه تبعا لاختلاف عمره الذي جعل مقياسا لتمييزه ، كما تختلف باختلاف سلامة عقله ، أو عدم سلامته . ولذا قسموا أهلية الأداء إلى ناقصة وكاملة فيقول صاحب التوضيح على التنقيح (٣) ، وأهلية الأداء قاصرة وكاملة ، فأهلية الأداء القاصرة تثبت بقدرة قاصرة ، وأهلية الأداء الكاملة تثبت بقدرة كاملة . والقدرة القاصرة تثبت بالعقل القاصر وهو عقل الصبي والمعتوه والكاملة بالعقل الكامل وهو عقل البالغ غير المعتوه .

أهلية الأداء
ناقصة وكاملة

٣٢٧ - الناقصة : قلنا إذا خرج الجنين إلى الحياة يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة تجعله أهلا لأن تجب عليه الحقوق وتثبت له الواجبات غير أنه مع هذا تكون عبارته لاغية ولا ينتج عنها التزام ، وإنما يباشر حقوقه وواجباته وليه أو وصيه . ويبقى هكذا من غير أهلية أداء لا كاملة ولا ناقصة حتى يبلغ سن السابعة . فإذا أتمها غير مدرك لهذه المعاني وفاهم لمدلولاتها أي فاقد التمييز بقي على حاله قبل السابعة وكان هذا عارضا يمنع اتصافه بأهلية الأداء مهما بلغ من العمر أما إذا أتمها ثبتت له أهلية

(١) العقل جسم لطيف مضيء محله الرأس ، وأثره يقع على القلب فيصير القلب مدركا بنور العقل الأشياء « الإحياء للغزالي ج ١ ص ١٤٥ .
(٢) وعلى ذلك جاء القانون المدني المادة (٤٥) الفقرة الثانية .
(٣) التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ١٥٨ .

أداء ناقصة فوق ما هو متصف به من أهلية الوجوب الثابتة له من وقت ولادته ، ويستمر على ذلك حتى يبلغ رشيدا .

٢ العقود بالنسبة له ٣٢٨ — حكم العقود بالنسبة لمن له أهلية أداء ناقصة : وهذه الفترة من عمره بين تمام السابعة وميزا وبين بلوغه رشيدا تكون العقود بالنسبة له ثلاثة (١) أقسام : ١ — ما ينعقد صحيحا نافذا بعباريته وهي العقود النافعة نفعا محضا له كقبوله الهبة والوصية ٢ — مالا ينعقد وتكون عبارته ملغاة وهي العقود التي ضررها محقق بالنسبة له كأن يضمن غيره في دينه أو يقرض شخصا مبلغا من المال أو يهب أحدا مبلغا أو يوصي بشيء من ماله (٢) . فلا ينعقد شيء من هذا حتى مع إجازة الولي والوصي ٣ — التصرفات المترددة بين النفع والضرر تنعقد على الراجح صحيحة إذا أذنه وليه وإلا فهي موقوفة ، وهذه كالبيع والشراء ، ونحوهما ، وكذا الزواج . يقول صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود في كتابه التوضيح على التنقيح (٢) . « وأما حقوق العباد فما كان نفعا محضا كقبول الهبة ونحوه يصح وإن لم يأذن وليه ،

(١) راجع في ذلك كتب الأصول والفقه في مواضع مختلفة في العقود وفي الأهلية أما القانون فالمادة (٤٦) تنص كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون وقسم الدكتور السنهوري في الوسيط ص ٢٦٨ العقود من حيث الأهلية إلى أربعة أقسام ١ — عقود اغتناء كالهبة بالنسبة للموهوب له ٢ — عقود إدارة وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر ٣ — عقود تصرف كالبيع ٤ — عقود تبرع كالهبة بالنسبة للمواهب فن كان له أهلية أداء كاملة صلح لمباشرة كل هذه العقود ومن كان ناقصا صلح لبعضها كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الإغتناء والإدارة بمفرده ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرفات ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع وأما إذا كانت الأهلية منعدمة كالصبي غير المميز فإنه لا يصلح لشيء من هذه الأقسام الأربعة .

(٢) أما الوصية فالأحناف لا يجيزونها من الصبي المميز حتى مع موافقة وليه أو وصيه سواء أ كانت لجهة بر أم لا . راجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ ، والتوضيح ج ٣ ص ١٦١ هذا وقانون المحاكم الحسبية يجيز للقاصر أن يوصي بإذن من المحكمة الحسبية .

(٣) التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ١٥٩ .

وما كان ضررا محضا كالطلاق (١) والهبة والقرض ونحوها لا يصح منه وإن أذن الولي ولا من الولي نفسه ، وما يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما يصح بشرط رأي الولي ... ، وإنما كان ذلك ليعود على التصرفات والعقود وتتكون له شخصية تحت إشراف وليه أو وصيه .

الإذن بما فيه
غبن فاحش

تصرف الصبي المميز وإذن وليه : لكن إذا أذن الولي أو الوصي .
الصبي المميز بالتجارة فباع أو اشترى بما فيه غبن فاحش . هل يصح العقد وينفذ أم لا ؟ فالأحناف (٢) . يطلونه لأن الصبي استمد سلطة تصرفه من إذن وليه أو وصيه ، فلا يملك أكثر مما يملكه من أذنه إذ هو لا يملك هذا بنفسه أما إذا باع من غير إذن من صاحب الولاية بضعف ثمنه هل يجوز باعتبار أن النفع أصبح محققا ؟ . لا يجوز تصرف الصبي المميز بغير إذن من له الولاية عليه مادام العقد مما يتوقف نفاذه على إجازة الولي مهما كان العقد سليما وأنتج مصلحة إذ العبرة في اشتراط إذن الولي أن يلاحظ هل خروج المبيع نفسه من ملك الصبي في صالحه أم لا مهما كانت قيمته ولأن رأي الولي شرط لجواز التصرف فلا بد من صدور الإذن لينفذ التصرف لأن نفاذه متوقف عليه (٣) .

البيع المربح بغير
إذن

الأذن قبل
التصرف

٣٣٠ هل لا بد من الإذن قبل التصرف : وإن كان الرأي الراجح أن تصرفات الصبي المميز تنعقد صحيحة إذا سبقت بإذن من وليه في إبرامها كي يتحقق التفويض والاختبار الذي أشارت إليه الآية « وابتلوا اليتامى » ، غير أنه قد روى عن الإمام أبي حنيفة . جواز مباشرة الصبي التصرف على أن يكون نفاذه موقوفا على إجازة الولي . إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق (٤) . وإن كان الإمام الشافعي يرى أن جميع عقود الصبي في هذه الحالة باطلة لأن العقد

(١) يرى شمس الأئمة السرخسي أن الطلاق واقم إذا دعت الضرورة إليه وكان في صالح الصبي

(٢) وفي رواية عن الإمام أنه يجوز البيع بغبن فاحش لغير الولي لأن الصبي بالأذن يأخذ

حكم البالغ واستثنى البيع للولي بغبن دفعاً للشبهة . راجع في هذا الفترى على التلويح ج ٣ ص ١٦١

(٣) راجع المصدر السابق ، والتوضيح على التنقيح ج ٣ ص ١٦٠ — ١٦١ .

(٤) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٨٢ .

عنده إما صحيح ، وإما باطل ، ولا يعترف بأن بعض العقود تنعقد موقوفاً
نفاذها على إجازة أحد آخر . لأن الولاية عنده من شروط انعقاد العقد .
لا من شروط نفاذه كما يرى الأحناف وسيأتى بيانه .

٣٣١- **حكم توقيف صحة تصرفه على الإذن :** وإنما كانت هذه الفترة ^{الصبي للمميز وإجازة وليه} بين بلوغ السابعة وبين سن البلوغ فترة اختبار ومران للصبي على الاتصالات المالية والتعاقد تحت رقابة المشرف عليه وبتوجيهه وإذنه قبل أن ندفع إليه ماله عند بلوغه رشيداً كي لا ينتقل دفعة واحدة من طور لاعبارة له فيها مطلقاً إلى طور يكون له مطلق الحرية وكامل الأهلية ، ولذا نظر الفقه الإسلامي إلى الصبي المميز بعد أن ثبت له التمييز . وجعل له عبارة صحيحة معتبرة مستقلة بها ومستتبداً ما دامت في تصرف ليس من طبيعته أن يكون محلاً لتصور الضرر مطلقاً ، ونظر لعبارته من ناحية أخرى في العقود التي تحتاج إلى تفكير وتأمل وتحتمل النفع والضرر وتقبل المساومة ، وجعل عبارته فيها قاصرة تبعاً لأهليته القاصرة ، وكان لتردها بين النفع والضرر في حاجة إلى أن تعضد عبارته القاصرة بإرادة أخرى كاملة رشيدة وهي إجازة من له ولاية عليه . فلا عبرة بإجازة غير وليه الشرعي ، كما لا عبرة بإجازة وليه الشرعي في تصرف لا يملك هو شخصياً أن يتصرفه في مال الصغير كالبيع بالغبن أو مافيه إسقاط . ولذا نظر المشرع إلى الصبي من الناحية نفسها فأبطل تصرفاته الضارة كما بينا والله سبحانه يقول في هذا (١) ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً . .

(١) الابتلاء هو الإظهار ، وابتلاء يتيم إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه لاختباره وإظهار قدرته على حفظ المال عند النوائب لأن الصبي لو عقل التجارة عقل النافع من الضار راجع البدائع ج ٣ ص ١٩٣ .

٣٣٣ - اكتمال أهلية الأولاد : فإذا بلغ الصبي الحلم عاقلاً ثبتت له أهلية الأداء كاملة يقول صاحب التوضيح على التنقيح (١) : « والسفه لا ينافي الأهلية ولا شيئاً من الأحكام . وأجمعوا على منع ماله في أول البلوغ وسيأتي تفصيله في السفه فإذا كان اختباره في التصرفات . « وابتلوا اليتامى ، أتج أنه رشيد دفعت إليه جميع أمواله وزالت عنه الولاية أو الوصاية من غير توقف على إذن من القاضي أو على حكم منه (٢) لأن التعليق من الشارع كان على شرطى البلوغ والرشد فقط خلافاً لبعض الشافعية والمالكية .

تكمل أهلية
الأداء بالبلوغ
عاقلاً

٣٣٤ - البلوغ : والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية التي تظهر على الصبي والفتاة مما هو معروف لنا . فإذا لم يظهر شيء من ذلك ولم يمكن معرفة بلوغه حكمنا على بلوغه باعتبار السن . فجعل الفقهاء السن في هذه الحالة مظهر للبلوغ وقال الإمام أبو حنيفة : إنه يبلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره ، وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها . ويقول الصاحبان والشافعي وأحمد بن حنبل بأنه يكون ببلوغ الصبي أو الفتاة خمس عشرة سنة وهما في ذلك سواء (٣) .

البلوغ

٣٣٥ - الرشد : هو الصلاح (٤) في المال كما هو الراجح في تعاريف الأحناف ويقرب من هذا المالكية والحنابلة . لكن الشافعية يرونه الصلاح في الدين والمال معاً ، وعلى هذا فالفاسق عند الشافعية لا يعتبر رشيداً لأن عدم حفظه لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله (٥) .

الرشد وتسليم
المال

٣٣٦ - الرشد قبل البلوغ ، والبلوغ دون الرشد : فإذا بلغ الصبي رشيداً سلمت إليه أمواله وأصبح كامل الأهلية لا ولاية لأحد عليه إلا ولاية

الرشد قبل البلوغ
والبلوغ دون
رشد

(١) ج ٣ ص ٢١٧ وقارن ذلك بما جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد ص ٢٧٧

(٢) المبسوط للمرخسي ج ٢٤ ص ١٦١ ، البدائم ج ٧ ص ١٧١ ، المغني ج ٤ ص ٤٥٩

(٣) البدائم ج ٧ ص ١٧٢ .

(٤) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٤ . المغني ج ٤ ص ٤٦٧ .

(٥) وللظاهرية كلام في هذا يمكن الرجوع إليه في المحلى لابن حزم ج ٨ .

السلطان العامة ، وأصبحت عبارته صحيحة وإرادته كاملة لا خلاف في هذا ، أما إذا ثبت له الرشد قبل البلوغ بأن كان أظهر مهارة في التجارة وخبرة قبل أن يبلغ البلوغ الطبيعي أو بالسن كما تقدم فلا تثبت له أهلية أداء كاملة وبالتالي فلا يدفع إليه أمواله وتكون العقود بالنسبة لتصرفاته على الوجه السابق . لأن كمال العقل عادة بالبلوغ ولأن الله يقول « ... حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً ... » ، فالأساس في دفع المال إليهم إنما هو البلوغ أولاً ، ولكن إذا بلغ الصبي عاقلاً وكان غير رشيد وقد أثبت اختباراً ذلك لا يسلم إليه ماله حتى يتحقق الرشد مهما طال الزمن عند الصاحبين ، فلا ترفع الولاية حتى يتحقق الرشد والبلوغ . أما الإمام فيرى تسليمه ماله إذا بلغ خمسة وعشرين سنة دون تحقق الرشد لأنه لا أمل في رشده بعد . إذ الطباع والغرائز لا يمكن أن تتغير وفي هذا السن تكون قد أخذت مجاريها في الجسم . وسنتكلم عن ذلك في السفة .

٣٣٤ - سن الرشد : في الواقع أن الفقه الإسلامي لم يحدد للرشد سناً معينة لأنه مادام الرشد هو الصلاح في المال وحسن إدارته . والناس في هذا يختلفون لاختلاف البيئة وطبيعة الحياة ، واختلاف ظروفهم ومجتمعهم . ومرانهم الشخصي . لذا لم تحدد الشريعة الإسلامية سناً معينة يكون الشخص عندها قد أصبح رشيداً وكل ما أمكن تحديده أن الشخص لا يكون رشيداً قبل البلوغ . أما القانون المصري فقد استقر أخيراً من سنة ١٩٢٥ على تحديد بلوغه في القانون المصري ٢١ سنة (١) ولعل القانون المصري سائر في هذا القانون الفرنسي والإنكليزي والألماني (٢) .

الفقه لا يرى سناً
للرشد

الرشد في القانون
المصري ٢١ سنة

(١) وهي عامة لجميع المصريين مسلمين وغيرهم ومحدثنا المرحوم الأستاذ فتحي زغلول في كتابه شرح القانون المصري ص ٢٨ أن البلوغ القانوني كان مرادفاً للبلوغ الطبيعي ببلوغ العلامات أو بلوغ خمسة عشر سنة وفي سنة ١٨٩٦ حدد بثمانى عشر سنة هجرية

(٢) أما القانون الأسباني فحدده بثلاث وعشرين سنة والسويسري بعشرين والتركي بثمانى عشرة سنة

الفصل الثاني

عوارض الأهلية

٣٣٧ - عوارض الأهلية : إن الصبي قبل بلوغه رشيدا لا تثبت له أهلية أداء كاملة وبذا يكون الصغر نفسه مانعا لها على التفصيل السابق أما إذا بلغ الصبي رشيدا ثبتت له أهلية الأداء كاملة ويسلم إليه ماله وتنعقد عقوده لنفسه من غير خلاف . غير أنه قد يطرأ عليه ما يؤثر على الأهلية فيزيلها أو ينقصها ، أو يعرض له ما يحد من تصرفاته من غير تعرض لأهليته فيجعلها شبيهة بتصرفات ناقص الأهلية ، أو لا تحد من تصرفاته إلا بما فيه المحافظة على حقوق الغير . وقد تناول ذلك علماء أصول الفقه بالتفصيل الكثير ، وقسموها إلى عوارض سماوية تزيل العقل كالجنون أو تجعله مختلا كالعته ، ومنها ما هو باكتساب الإنسان نفسه وعمله كالسفه ، والسكر أو الدين أو النوم إلى غير ذلك ، مما ذكره من النسيان والإغماء والرق ، وحالة مرض الموت ، والهزل ، والخطأ ، والإكراه ، وأخيرا فالموت نفسه مزيل للأهلية وقسموا العوارض المكتسبة نفسها إلى قسمين مكتسبة منه شخصياً كالدين والنوم ، أو من غيره كالإكراه (١) وما دام الذي يعيننا هو ما يجعل الإنسان أهلا للتعاقد والالتزامات فسنعصر البحث على هذا . وقد سبق أن تكلمنا عن حكم العقد بالنسبة للنائم والسكران والهازل والمكره والمخطيء ، والمعنى عليه كما بينا حكم العقد بالنسبة للصبي والجنون والمعتوه والسفيه - غير أننا هنا سنتكلم عن بعض هؤلاء الأشخاص .

٣٣٨ - أهلية المرأة في الإسلام : المرأة في الإسلام في عقودها ومعاملاتها والتزاماتها لها الأهلية الكاملة التي للرجل . فلم يفرق الإسلام

للرأة بالرجل
من أهلية

(١) راجع ذلك إن أردت التوسعة في التوضيح والتلويح ج ٣ من ص ١٦١ إلى ص ٢٣٣

بينهما في ذلك . وإن كان قد اختصها الله في طبيعتها بما يجعلها غير أهل لبعض العبادات في أوقات خاصة ، وبعض الفقهاء يبطل تصرفاتها في مدة الحمل وفي الأيام الأخيرة منه لأنها في حالة تخشى فيها الموت فهو عارض نفساني يعتريها كما يعتري أى شخص عند إجراء عملية جراحية خطيرة ومع هذا فبعض الفقهاء لا يعتبر الحمل من عوارض الأهلية وخصوصا بعد أن تيسرت سبل الوضع أما من قال (١) من الفقهاء بأنها لا تباشر بنفسها عقد زواجها بمن ترضاه زوجها فإن هذا لم يكن لنقص في أهليتها ولكن حفظا لكرامتها وصونا لها باعتبار أنها محل في العقد وعلى كل فجهور الفقهاء (٢) يعطونها جميع حقوقها المالية تستقل بتصرفها كيف تشاء لا سلطان لأحد عليها شأنها في ذلك شأن الرجل حتى جعل لها الاستقلال المالي عن زوجها وهذه من ميزات الشريعة الإسلامية .

الجنون والعتة ٣٣٩ - الجنون والعتة : العته هو آفة توجب خللا في العقل يجعل صاحبها مترددا في أقواله وأفعاله بين العقل والعقلاء وبين من لا عقل لهم فمرة يكون كلامه كالعقلاء ومرة يشبه كلام المجانين ، ويتصرف تصرف العقلاء حينئذ ، وتصرف المجانين حينئذ ، فأصل العقل موجود عند المعتوه . بخلاف الجنون ولذا قالوا الجنون يشبه أول أحوال الصبا في عدم العقل ، أما العته فإنه يشبه آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع نقص فيه . فالحقوا الجنون بأول أحكام الصغر في الأحكام ، والعتة بآخر أحوال الصغر في جميع

(١) يرى جمهور الفقهاء أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة وإن كان لابد من رضا البالغة الرشيدة ويرى الإمام أبو حنيفة وبعض أصحابه صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة البالغة الرشيدة إذا كان الزوج كفتا . ويرى محمد بن الحسن أن عقد كل من المرأة أو وليها يكون موقوفا على إجازة الآخر وقد ساق كل الأدلة على وجهه نظره . راجع كتاب النكاح في كتب الفقه والتفسير والحديث .

(٢) يروى عن مالك في إحدى روايته أنه يفرق بين الرجل والمرأة في بعض مواضع في أهلية التصرف .

الأحكام (١) ويقول الفنرى (٢). حكم العته حكم الصبا مع العقل وذلك لأن الصبي في أول حاله عديم العقل فالحق به المجنون ، وفي الآخر ناقص العقل فالحق به المعتوه ، من هذا نعلم أن المعتوه غير المجنون في الوصف وفي تصرفاته وأن المجنون يأخذ حكم الصبي غير المميز ، والمعتوه إنما يأخذ حكم الصبي المميز . لكن الكمال بن الهمام اعتبر المعتوه في حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل على ذهاب عقله وتمييزه واعتبره نوعا من الجنون الساكن ، وإلا فإذا كانت تصرفاته تدل على غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز . ولذا تجدد الكتاب (٣) يقسمون المعتوه إلى معتوه غير مميز وقالوا إنه يأخذ حكم المجنون ومعتوه مميز وقالوا إنه يأخذ حكم الصبي المميز - لكن لم لا نقصر المعتوه على الأخير ونعتبر الأول مجنونا جنونا ساكنا ولا نجعل أقساما للمعتوه ونسائر الفقهاء السابقين ما دامت النتيجة واحدة. هذا والمجنون والمعتوه محجور عليهما بمقتضى الشرع من غير حاجة إلى حكم ولا يرتفع عنهما الحجر إلا بالإفاقة وزوال العلة إذا كانا قد ابتليا به بعد البلوغ . أما إذا جن الصبي أو أصيب بالعته فلا يرفع عنه الحجر بزوال العلة فقط عند البلوغ بل ومع إيناس الرشد عند من يراه (٤) .

٣٤ - السفه: هو خفة تعترى الشخص فتحمله على العمل باختياره على السفيه

(١) الدور المحكام في شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ٢٧٣ ، كشف الأسرار للنسفي ج ٢ ص ٢٦٤ التنقيح والتوضيح ج ٣ ص ١٦٦ .

(٢) الفنرى على التلويح ج ٣ ص ١٦٦ .

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨٦ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٧ ، الأموال ونظرية العقد ص ٣٢٨ ، الالتزامات للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣٥ ، الوسيط في شرح القانون ص ٢٨٠ .

(٤) أما القانون فالمادة ١١٤ أشارت في الفقرة الأولى على أنه يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر « وفي الفقرة الثانية « أما إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت النفاذ أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

خلاف موجب العقل رغم وجوده وهو لا ينافي الأهلية (١) وقد اصطلح الفقهاء على تعريفه بعدم الإحسان في تدبير المال وتبذيره على خلاف مقتضى التبذير في وجوه الشرع والعقل ، ولو في وجوه الخير والبر (٢) خلافاً للشافعي والإمام أبي حنيفة فهما لا يعتبران الإنفاق في وجوه الخير سفهاً مهما أسرف فيه المنفق ، وعلة من يرى الحجر من الأحناف أن السفه يحجر عليه للمحافظة على ماله وعدم إضاعته لأن الله تعالى يقول : ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً .. ، فلا تدفع إليهم إلا بعد أن يظهر رشدهم وحفظهم للمال ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم ، فالحجر لحفظ ماله والنظر لمصلحته هو وأسرته . لكن الشافعي وأبو حنيفة يريان أن الحجر على السفه عقوبة له وجزاء على إضاعة أمواله في أوجه الشر والفجور ولذا لا يعتبر من أنفق جميع أمواله في وجوه الخير سفهاً .

وإذا بلغ الصبي سفهاً فلا خلاف في منع ماله عنه بظاهر الآية أيضاً حتى إذا بلغ سنينها ثبت له الرشيد غير أن الإمام أبا حنيفة يرى أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة ولم يثبت رشده دفع إليه ماله ولو كان سفهاً . ما دامت أهليته كاملة . لأنه يرى أن مال السفه يمنع عنه تأديباً له وزجراً ، وبعد الخامسة والعشرين لا يصلح معه التأديب إذ يصعب تغيير العادات والطباع واستدل بغير ذلك بما تجده في كتب الأصول المشار إليها - ويرى صاحبان وباقي الفقهاء أن مال السفه لا يسلم إليه حتى يثبت رشده مهما بلغ عمره لظاهر الآية وخوفاً على المال من الضياع . وعلى كل فهم متفقون على أن تصرفاته لا ينفذ منها إلا ما كان فيه نفع له في الفترة التي يحتجز فيها عنه ماله حسب الخلاف السابق .

أبو حنيفة لا يحجر عليه إذا اعترضه بعد الرشيد

٣٤١ - الحجر على السفه : لكن إذا بلغ رشيداً وزالت عنه الولاية وتولى

(١) التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢١٧ . والله ليل على كمال أهليته تكليفه بالعبادات جميعها وموآخذته على كل ما يرتكبه من جنایات وصحة وقته ووصيته وزواجه وطلاقه .
(٢) راجع رد المحتار ج ٤ ص ١٤١ .

أمر نفسه ثم أصابه السفه بعد ذلك فماذا يكون الحكم؟ أما الإمام أبو حنيفة فلا يرى الحجر (١) على إنسان كامل الأهلية صحيح العبارة لأنه حر في تصرفاته والذي يحاسبه عليها هو الله سبحانه وتعالى، وفي الحجر إهدار لكرامته وأهليته الكاملة وكل ما ارتكبه السفه أنه مكابر في ترك الواجب في الاعتدال في الإنفاق. والذي يحدث إنما هو ضرر في ماله. والحجر عليه ضرر له في نفسه وضرر النفس أشد من ضرر المال. ويفرق بين من اتصل صباه بالسفه ومن اعترضه السفه بعد الرشد بأن السفه هنا ليس من آثار الصبا كما في الحالة السابقة فهناك لم يثبت له الرشد مطلقا.

باقي الفقهاء
يحجرون عليه
ويجزلونه كأنه
المميز

ويرى الصحابيان وسائر الأئمة: أن السفه يحجر عليه لأن الحجر للحفاظ على ماله حتى وإن كان فاسقا، ولأنه مادام يمنع عنه المال ليبقى في ملكه ولا يزول بإتلافه فلا بد من منع نفاذ التصرفات وإلا لبطل ملكه وزال، ولأن في منع تصرفاته في ماله فوق المحافظة عليه محافظة على أموال بيت المال ودفع الضرر للناس مخافة أن يتصرف ويستدين ولا يفي بما استدان بعد أن يزول ملكه ثم يصير عالة على بيت المال وكما يقول صاحب التنقيح (٢) فيصير على المسلمين وبالا وعلى بيت مالهم عيالا، والله يقول ولا تأثروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قواما وارضقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا، وهذا عام في كل سفه، ويقول الله تعالى فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل، فعين القرآن للسفيه وليا إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث الكثيرة (٣).

(١) الحجر هو منع التصرفات القولية. التوضيح ج ٣ ص ٢١٧.

(٢) التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ٢١٧—٢٢٠.

(٣) ولقد كتب السرخسي في ميسوطه ج ٢ ص ١٥٦ كتاب الحجر، والبدائع ج ٧ ص ١٦٩ كتاب الحجر والخمس، المقتضى ج ٤ ص ٤٥٦ كتاب الحجر، وراجع الوسيط للدكتور السهري ص ٢٨١ وما بعدها.

مبدأ الحجر
ونهايته

٣٤٢ - برء بطوره تصرفات السفه وزوال السفه : ويأخذ السفه عندهم في تصرفاته حكم الصبي المميز إلا في العقود الخمسة التي جعل الشارع فيها مجرد القصد يترتب عليه الأثر فطلاقه وزواجه صحيح ويجب عليه ما لا يزيد عن مهر المثل ، وأجازوا وقفه على نفسه ومن بعده لذريته وكذا وصيته في ثلث ماله (١) ، يقول القاضي أبو يوسف إن الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي فتصرفاته كلها صحيحة نافذة حتى يحجر عليه فيصير سفيا وتبطل تصرفاته . لأن السبب متردد بين المحافظة على بقاء ملكه ، وبين ضرر الشخص نفسه بإهدار عبارته وإبطال تصرفاته فلا بد من ترجيح أحد العاملين على الآخر ، والذي يرجح هو القاضي ولكي لا يضار من عاملوه قبل أن تبين حالته . ويقول محمد بن الحسن إن الحجر إنما وجب للسفه نفسه فما دام السبب قد تحقق ووجد فلا حاجة بنا لشيء آخر لوجود المسبب وغير ذلك لو أجزنا تصرفاته قبل حجر القاضي لأمكنه أن يتلف أمواله ويبددها قبل صدور الحكم عليه ويرتفع الحجر من وقت حكم القاضي بزوال السفه على رأي أبي يوسف ومن وقت زوال السفه كما يرى محمد والمحكمة الحسبية هي المختصة الآن بنظر هذا ويكون من تاريخ الحكم في إثباته وفي زواله .

٣٤٣ - ذو الغفلة : — هو من لا يهتدى إلى التصرفات الراجحة بسبب البساطة ، وسلامة القلب ، مما يؤدي إلى غيبته في المعاملات المالية ويأخذ حكم السفه في الحجر تماما . والفرق أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك فيغيب في معاملاته ، بخلاف السفه فإنه كما تقدم كامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال فهو وإن كان بهذا ضعيف الإرادة فإن ذا الغفلة ضعفه في الإدراك . والفرق واضح بينهما .

ذو الغفلة
ضعيف الإدراك

(١) والقانون المصري في مادتيه ١١٥ ، ١١٦ يتلاقى مع ما قاله الفقهاء غير أبي حنيفة . هذا وضيّق الوقت سيحول بيني وبين المقارنة مع القانون وشراحيه حيث يجب أن أنهي من إخراج الكتاب حول منتصف يناير سنة ١٩٥٥ كي تكون هناك فرصة للطلاب .

٣٤٤ — الحجر بسبب الدين : (١) إذا استدان إنسان بدين مستغرق وحل الحجر على الدين موعده سداده وطلب غرماؤه الحجر عليه ، فالإمام لا يرى الحجر ويمنع الحاكم من أن يبيع عليه ماله جبرا عنه محافظة على حرته . ومع هذا فإنه يرى أن الحاكم يحبس المدين إذا ثبتت قدرته على سداد الدين ومطله ويبقى سجيناً حتى يقضى دينه إذ في حبسه مجرد عقوبة له لاستيفاء حق الغير بينما في الحجر عليه وبيع ماله إهدار لعبارة وأهليته للتصرف . ويرى صاحبان وباقي الأئمة الحجر عليه فيمنع من التصرفات والإقرارات الضارة بالغرماء مادام الدين يستغرق أهواله التي كانت في ملكه وقت الحجر عليه . وأجازوا بيع ماله جبرا عنه وقسمته بين الغرماء وقد روى أن معاذاً رضى الله عنه ركبته الديون فباع النبي صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص ، ولأن بيع ماله لقضاء دينه وهو مما يجري فيه النيابة فينبوب القاضي منابه (٢) لكن صاحبين يريان أن الحجر هنا يكون من وقت الحكم القضائي فالدين وحده لا يقوم به حجر ولا بد من قضاء القاضي ووافقهما الشافعي ، بينما نجد الإمام مالكاً يرى أن الحجر يتم لمصلحة الدائنين من غير توقف على قضاء فيصح لهم إبطال أى تصرف له ، أو أى إقرار يضر بحقوقهم قبله . من غير توقف على قضاء لأن حق الغرماء قد تعلق بماله فهو سبب الحجر ولو لا تعلق حق الغرماء به لما كان للحاكم أن يحجر عليه وعلى كل فالمدین لا يملك بعد الحجر أن يتصرف فيما كان مملوكاً له وقت الحجر بأى تصرف ينتج ضياع شيء من هذه الأموال وإنما تكون تصرفاته المالية فيها موقوفة على إجازة الغرماء أنفسهم وبالتالي فتصرفاته معهم صحيحة (٣) سواء أكان تبرعاً صرفاً أم كان محاباة في معاوضة ، ومن الواضح أنه إذا أسقط أحد الغرماء حقه قبل المدین كان من

الإمام يحبس
المدين ولا يحجر
عليه

الصاحبان
يحجران بحكم
القاضي

(١) راجع في ذلك جميعه حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ .

(٣) التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ . ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها

حق المدين المحجور عليه أن يتصرف في حدود ما تم إسقاطه من دين أما أمواله التي اكتسبها بعد الحجر فهي له خالصة يتصرف فيها كيف شاء . مادام لم يقع عليها حجر (١) بخلاف السفينة والحجر يشمل كل ماله وعند بيع ملكه جبراً عنه يبدأ القاضى ببيع المنقول ثم العقار ، ويترك له ما يفي بنفقته وكسوته وكذا نفقة وكسوة من تلزمه نفقتهم . إذا لم يكن له مال غير ما كان له من قبل الحجر ، فإذا كان عند المدين ما يزيد على دينه لكن يخاف الدائنون من ضياع أمواله في التجارة أو تهريبها إلى غيره ، كان من حقهم الحجر عليه كسابقه . لكن لا بد أن يسبق الحجر حكم قضائى كي يطلون تصرفه وفى هذا يقول الفنزى على التلويح (٢) . الثانى أن حجر الديون خوفاً من التلجئة يتوقف على قضاء القاضى اتفاقاً . . والتلجئة هي أن يلجئك إلى أن تأتى أمراً باطنه خلاف ظاهره . وقيل معناه أنا ملجأ مضطر إلى ما أباشره من البيع منك ولست بقاصد حقيقته .

جواز تصرفه فيما
يكتسبه بعد الحجر

المدين المتهرب

٣٤٥ - مرض الموت : (٣) المريض مرض الموت هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يتصل الموت به سواء أكان الموت بسببه أم كان نتيجة سبب آخر أو بعبارة أخرى أن يكون المرء فى حالة يغلب على ظنه فيها الموت وتكون عادة مفضية إلى الموت فيتصرف تصرف من يترقب الموت .

مرض الموت
ما يوجب فيه الهلاك
ويتصل به الموت

وبذا لا يكون مريض الموت الذى نعتيه هو طريق الفراش بمرض يفضى إلى الموت عادة فقط وإنما يشمل أيضاً المصاب بآفة لا يبرأ منها ويترقب معها الموت ويتصل بها الموت فعلاً سواء أكان بسبب هذه الآفة أم بسبب

(١) و (٢) والتوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٠-٢٢٢ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٣) يراجع فى ذلك المغنى ج ٦ ص ٧ وصية المريض ، ص ٣٢٩ طلاق المريض ، الزيلعى ج ٢ ص ٢٤٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ ، ج ٧ ص ٢ ، ج ٨ ص ٤٦١ ، التوضيح والتلويح ج ٣ ص ١٨٣ وما بعدها ، البدائع ج ٧ ص ٢٢٤ ، المبسوط ج ١٨ ص ٢٤ الإقرار فى المرض وما بعدها .

آخر ، وكذا المحكوم عليه بالإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه ، ومن يكون في سفينة لعبت بها الأمواج وجنحت للغرق ، والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسرى ، ومن يدفع إلى معركة مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعظيم عدته وعدده ، ومثل هذا المعركة التي كانت بالاسماعيلية بين جماعة من قوات البوليس بسلاحهم القاصر أمام قوات الجيش البريطاني بسلاحهم الجوي والبري وأسلحتهم سريعة الطلقات وكذا المريض مرضاً من منا لا يرجو معه شفاء ويتزايد حاله من سوء إلى أسوأ ، واتصل الموت بهذه الحالة بصرف النظر عن السبب الذي حدثت به الوفاة — وإلا فإذا استقر مرضه على حال واستمر أكثر من سنة صحت جميع تصرفاته ، فإن بدأ المرض في الازدياد بدأت حالات مرض الموت وهكذا ، فالمناط إذا ليكون الإنسان في حالة مرض الموت هو أن يكون في حال يغلب على ظنه فيه الهلاك ، ويكون الموت فيه معتاداً ، فالمرء في حالته هذه يتغلب عليه الذعر ، أو يتغلب عليه اليأس من الحياة فقد يتصرف في أمواله تصرفاً غير صحيح يضر بصالح دائنيه إن وجد له دائنون ، كما يصح أن يتصرف تصرفاً يضر بمصلحة بعض وارثيه فليس من هذا القبيل الموت المفاجيء بمرض غير معروف له من قبل ، ولا بمرض لا يتوقع معه الموت عادة ولا الموت بحادث مفاجيء مع خلو الشخص من الأسباب السابقة .

حالات مرض الموت

٣٤٦ - أصول المريض وتعلقه من الغير بها : يتعلق بأمواله حق

تعلق حق الدائن والوارث بها من بدء المرض

أصحاب الديون ، وحق الورثة من حين بدء الحالة التي يعتبر فيها مريضاً مرض موت ، وإن اشترك الورثة والغرماء في تعلق حقهم الرجعي بمال المريض مرض الموت . إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة . أما الورثة فيرى الإمام أن حقهم يتعلق بأعيان التركة في مقدار ثلثها بعد الدين لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويرى الضاحبان أن الوارث كالذائن يتعلق حقه بمالية التركة لا بأعيانها ، ويكون الفرق أن الوارث حقه في ثلثها بعد الدين . وعلى هذا فيبيع المريض لأحد الورثة شيئاً من التركة

يكون موقوفاً على إجازة باقى الورثة حتى ولو كان البيع من غير غبن، لأن حق الورثة متعلق بنفس التركة لا بقيمتها هذا عند الإمام، لكن عندهما هو تصرف نافذ لا يسرى عليه البطلان عند تحقق مرض الموت باتصال الموت بحالته، لأن حق الورثة إنما يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها. أما إذا باع المريض أو ورثته شيئاً بغبن أو بغير غبن وسدّد ما لهم من ديون عليه سقط حق الدائن من على التركة.

٢٤٧ — تصرفات الشخص في فترة مرضه الموت: الشخص لا يعتبر

حكم تصرفات المريض في حياته

مريضاً مرض موت إلا إذا اتصل الموت بهذه الحالة فتصرفاته كلها صحيحة نافذة حال حياته إذا كانت تقبل الفسخ كالبيع، أو معلقة إذا كانت لا تقبل الفسخ كالطلاق والعتاق لأنه بكامل أهليته ولا يمنع من هذا كون حق الوارث والدائن يكون له أثر رجعي ويثبت من قبل الوفاة. فإذا وهب أو وقف أو أوصى أو باع أو اشترى بغبن أو طلق (١) أو تزوج أو أعتق أو أجر أو استأجر إلى غير ذلك من العقود والالتزامات التي تتعلق بتركته، فكلها صحيحة نافذة من وقت صدورها، أو معلقة على الموت، يقول صاحب التوضيح: فيجوز النكاح بمهر المثل، وكل تصرف يحتمل الفسخ يصبح في الحال ثم ينقض إن احتيج إليه، وما لا يحتمل الفسخ كالإعتاق يصير كالمعلق على الموت (٢).

٣٤٨ — حكم هذه التصرفات بعد الوفاة: أما بعد وفاته وهو على حال يغلب عليه فيها الهلاك فهذا يكون قد تأكد أن التصرف كان في مرض

بعد وفاته

(١) فالمطلقة إذا ثبت أن الطلاق في مرض الموت حق الإرث ويسمى طلاق الفار على التفصيل الوارد في المصادر السابقة، وزواجه صحيح لكن إذا زاد العداق عن مهر المثل حق للورثة العظمى فيه وجعله مهر المثل وكانت الزيادة تبرعاً تأخذ حكم الوصية. وهي طبق القانون تجوز للوارث أيضاً.

(٢) التوضيح والتلويع ج ٣ ص ١٨٣ / ١٨٤

الموت، ويظهر حق الغير ويكون التصرف موقوفاً على الإجازة (١) من الدائنين بمقدار دينهم ومن الورثة في باقى التركة ما دام التصرف فيه ضياع لحق الدائنين فى استيفاء دينهم من أمواله ، وحق الورثة فى ثلثى التركة بعد الدين منعاً لإيثار بعض الورثة على البعض الآخر إلا إذا كان التصرف مما تعلق به حقه الخاص أو ما يتصل بذلك كنفقته وعلاجه وزواجه بمهر المثل وتجهيزه لأنه من خالص حقه وليس لأحد الحق فى إبطالها ، وحق الدائن أولاً مقدّم على الآخرين ، فإن كان الدين مستغرقاً للتركة جميعها بطلت تصرفاته كلها المتعلقة بماله من وقت صدور ما دام الدائنون متمسكين بديونهم ، فإذا أسقط الدائنون دينهم أو جزءاً منه فللورثة حق إبطال هذه التصرفات فى حدود الثلثين واعتبر الباقي وصية لمن تبرع له أو كان قد حاباه ، يشترك فيها جميع الموصى لهم إن استغرقت الثلث . وإن كانت التركة أكثر من الدين استوفى الغرماء دينهم من التركة والباقي منها يكون للورثة ، فإذا كان الباقي أقل من ثلثى التركة حق لهم أن يبطلوا من تصرفاته السابقة التى فيها تبرع أو محاباة وحدثت فى مرض الموت بقدر مابقى لهم بالثلثين .

٣٤٩ - تصرف المريض فى المنافع لا يرجع عليه البطلان عند تصرفاته فى المنافع الممناف : - ولما كان المريض مرض الموت كامل الأهلية لثبوت العقل كانت تصرفاته فيما يتعلق بمنافع الأعداء كلها صحيحة ، لا يملك أحد إبطالها بعد وفاته عن فترة مرض الموت ولا يتعلق بها حق الدائنين ، أو الورثة لأن

(١) يقول الكاسانى فى البدائع ج ٨ ص ٢٢٤ : أما وقت التعلق فهو مرض الموت وما دام الموجود صحيحاً فالدين فى ذمته فإذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أى يتعين فيها ويتحول من الذمة إليها إلا أنه لا يعرف كون المرض مرض الموت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أن المرض مرض الموت من وقت وجوده فتبين أن التعلق يثبت من ذلك الوقت .

حقهم يتعلق بمالية التركة أو بأعيانها بعد الوفاة ، والمنافع ليست بأموال عند
الأحناف ولا تورث ، ولأن التصرفات في المنافع تبطل من تلقاء نفسها
بوفاة المتصرف وعلى ذلك كان له أن يعير ويؤجر بغبن فاحش أو يسير
ولا يرجع الدائن أو الوارث على المستعير أو المستأجر بشيء عن المدة التي
قبل الوفاة (١) .



(١) وقد تناول القانون في المادة (٩١٦) مرض الموت .

الفصل الثالث

الولاية

٣٥٠X - **الولاية شرط لنفاذ العقد** : بينا من قبل أنه - لتكون عبارة
الشخص أو ما يقوم مقامها ملزمة ويترتب عليها أثرها - لا بد أن تكون له
أهلية أداء فإذا كانت أهليته منعدمة أو ناقصة كان نفاذ الالتزام متوقفا على عبارة
من له ولاية عليه وكذلك قد يكون الشخص كامل الأهلية وله ولاية نفاذ
التصرف إلا أنه بكل أمر التصرف إلى غيره لأنه أكثر منه خبرة به أو لأن
وقته لا يسمح بالقيام به فيولى غيره عنه فيباشره بما له من الولاية . من هذا
نجد أن الولاية شرط لنفاذ العقد فالولاية : هي أن يكون للعاقد سلطة في
تنفيذ ما تعاقد عليه وترتب أثره الشرعي عليه ، ولا يكون الشخص ذا ولاية
إلا إذا كانت . عبارته صالحة لأن ينعقد بها العقد .

٣٥١X - **أقسام الولاية** : وقد تكون الولاية ذاتية وهي ولاية
الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد فالولاية الذاتية لا تنفك عن الأهلية
مطلقا . فطالما كان الإنسان أهلا للتعاقد كانت له ولاية من الشارع على جميع
شئونه مالية كانت أم غير مالية من إلزام أو التزام ، وكانت جميع تصرفاته
نافذة ملزمة له . إلا ما ترتب عليه ضرر بالغير فإن العقد يكون موقوفا على
إجازة المتضرر محافظة على حقوق ومصالح الغير . كالراهن إذا باع العين
المرهونة فإنه رغم كمال أهليته وثبوت ولايته الذاتية يكون عقده موقوفا
على إجازة صاحب الحق المرتهن ، أو أداء ما عليه من دين ، وكذا تصرفات
المدين الضارة بالدائنين .

وقد تكون الولاية للشخص على غيره سواء كان قد استمد هذه الولاية

من الشرع رأساً كولاية الأب والجد الصحيح^(١) على الصغير وكولاية القاضي فيما له من الولاية العامة جعله الشارع ولياً من لاولى له. أم كانت مستمدة من الغير كولاية الوصي والوكيل فالوصي إنما يستمد ولايته من الشارع بواسطة أحد الأولياء السابقين، والوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل نفسه.

الولاية على المال
أو النفس
أوهما

٣٥٨ - أقسام الولاية على الغير : - والولاية على الغير قد تكون ولاية على ماله أو على نفسه أو عليهما معاً. فالأب والجد ولايتهما على الصغير ومن في حكمه في ماله ونفسه من رعاية ماله، وتربيته وثقيفه وتزويجه، والعم وابن العم إن كان أقرب عاصب للصغير ومن في حكمه فله عليه ولاية النفس من المحافظة عليه وتزويجه وقد تكون ولاية المال لغيره، وكذلك فالوصي ليس له ولاية على النفس وإنما ولايته على المال. وبحسبنا هنا عن الولاية على المال لتعلقها بموضوعنا ويتناول كلامنا عن الولاية على المال الكلام عن الولي^(٢) والوصي، والوكيل.

٣٥٩ - سبب الولاية على الغير : مما تقدم نعرف أن الولاية إما بتولية المالك نفسه وهذا سبب في ولاية الوكيل، وإما أن يكون سببها أحد أمرين (١) الأبوة، والجد يكون من قبل الأب فيأخذ حكمه وكذا وصيهما فالولاية لهم بسبب الأبوة من حيث المعنى (٢) أن يكون سببها القضاء. فالوصي المعين من قبل القاضي إنما يستفيد الولاية منه فكان القضاء نفسه سبباً فيها^(٣) والولاية إن كان سببها الأبوة أو القضاء فهي لا تكون إلا على الصغير أو من في حكمه.

الولاية على المال
بسببها -

٣٦٠ - شروط الولاية على الصغير ومن في حكمه : أن يكون له أهلية

ما يشترط في
الولي والوصي

(١) الجد الصحيح هو أب الأب. (٢) يطلق الولي على الأب والجد لأب والقاضي وأقرب عاصب للصغير في عقد نكاحه عند فقد الأب والجد.

(٣) راجع في هذا البدائئ ج ٥ ص ١٥٢، فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ وما بعدها، ج ٨ ص ٤٨٩ وما بعدها، المغني ج ٦ ص ١٣٧ وما بعدها، الأشباه لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٣، الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ١٩٧.

أداء كاملة فلا تثبت ولاية للصبي والعبد والمجنون لأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم فلا تكون لهم ولاية على غيرهم إذ فاقد الشيء لا يعطيه وأن يكون مسلماً إن كان المولى عليه مسلماً ، فلا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم لقوله تعالى « وإن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ، كما لا تثبت ولاية المسلم على غير المسلم لقوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، وأن يكون أمة حريصاً على مصلحة من ولي عليه . لأن مصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة على كل اعتبار يقول الله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله ... » وقوله تعالى « ... ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ، وقوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا ، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم « من لم يرحم صغيرنا فليس منا ، وضياح مصلحة الصغير ومن في حكمه ليست من الرحمة في شيء فلا ينبغي أن يتصرف الولي في مال من تحت ولايته تصرفاً فيه غبن به ، ولا أن يجيز تصرفاً فيه ضرر به ، ولا أن يهب شيئاً من ماله ، ولا يتصرف إلا بالتصرفات النافعة أو التي يغلب عليها النفع ^(١) . والأولياء يتفاوتون في الحرص على الصغير ومن في حكمه وعنايتهم به ولذا رتب الفقهاء الأولياء على الوجه الآتي :

٣٥٠ - مراتب الأولياء على الصغير : اتفق الفقهاء جميعاً على تقديم الأب مراتب الأولياء لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده وتبدأ ولاية الأب من وقت ولادة الجنين ومن وقت وجود حق له . فإذا لم يوجد الأب فالأحناف يجعلون الولاية بعد الأب لوصيه الذي يختاره هو ويعينه وصياً على أولاده بعد مماته لأنه موضع ثقته وتقديره وهو أعرف الناس بما فيه مصلحة أولاده ومن بعده إذا فقد أو لم يوجد يكون الجد الصحيح ، فشقيقته من شفقة الأب ، ومن بعده فلو وصيه الذي يختاره هو . ثم بعد ذلك فللقاضي

(١) يقول صاحب الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ١٩٨ « فإن كان الوصي عاجزاً ضم إليه بالقاضي آخر وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به »

لأنه ولي من لا ولي له ، والقاضى لمشاغله فى مصالح العامة يعين وصيا من قبله غير الأحناف لكن الشافعى يرى فى ترتيب الأوصياء أن الجدة مقدم على وصى الأب . إن كان قد أوصى . لأنه أشفق عليه باعتبار أنه حفيده ، ومالك وأحمد ، لا يعتبران الجدة مطلقا ويجعلان الولاية بعد الأب لو وصيه ثم للقاضى أو وصيه وعلى كل فمن كانت له الولاية على المال من كل هؤلاء فهو الذى يخاصم عن الصغير . كل هذا إذا كان المولى عليه صغيرا أو بلغ مجنوننا .

٣٥٠ - الولاية على المجنون وعلى السفه ومن فى حكمهما : أما إذا بلغ الطبع سفيها فالولاية عليه عند أبى يوسف للقاضى أو من يقيمه لأن الحجر عنده لا يثبت إلا بحكم القاضى ، وعند محمد بن الحسن فإن الولاية تستمر عليه لمن كان ولياً من قبل . وقد عرفت من قبل أن الإمام أبا حنيفة يرى استمرار الولاية عليه حتى يبلغ الخامسة والعشرين أما من بلغ رشيدا وزالت عنه الولاية . ثم اعترضه جنون أو عته . فالراجح عند الأحناف أن تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ ، وإلا فبالترتيب المتقدم . لكن ابن حنبل ومن وافقه يرون أن الولاية تكون للقاضى ووصيه لأنها تسقط بالارتفاع والساقط لا يعود . أما إذا اعترضه بعد البلوغ رشيدا شيء مما لا يؤثر فى أهلية الأداء كالسفه والغفلة فالولاية للقاضى ووصيه خلافا للإمام الذى لا يرى الحجر عليهم .. هذا وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ جعل ولاية القاضى للمحكمة الحسبية بعد أن كانت بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ للمجالس الحسبية وقد أجاز القانون للمحكمة أن تتدخل بالنسبة لولاية الأب والجدة فتحد من تصرفاته إن رأت فيها ما يفوت مصلحة على الصغير أو تسلب عنه الولاية وقد عرفت رأى الأحناف من قبل فى السفه كما أن الأصل فى الفقه الحنفى أن فسق الأب وتبذيره لا يزيل ولايته على أولاده ، وإن كان ما رآه الصاحبان من الحجر على السفه يزيل ولايته المالية على أولاده أيضاً والقانون إذا يكون قد جعل للمحكمة الإشراف الكلى على القصر ومن فى حكمهم وأصبح وصى الأب ووصى الجدة ليس إلا مرشحين منهما للمحكمة

الولاية على من بلغ سفيها

وعلى من حجر عليه بعد البلوغ

القانون

أن تعيينه ولها أن تعين غيره تبعاً لما فيه المصلحة . وسنتناول العقود بالنسبة للأولياء والأوصياء بكل إيجاز .

العقود بالنسبة
للأولياء
والأوصياء

٣٥٠ - عقود الأولياء والأوصياء ومدى همتهم : أما الأب فله أن

وصى الأب

يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير منقولاً كان أو عقاراً ويبيع ذلك أو شيئاً منه لنفسه أو لغيره ممن تحت ولايته أو لأجنبي ، ويؤجر نفسه للصغير ، كما يؤجر للصغير نفسه ، وأن يستثمر ماله ، ويده مطلقاً في كل عمل يرى فيه نفعاً له . ومع هذا فتصرفه في مال الصغير لا ينفذ إذا كان مضراً به كالغبن الفاحش أو البيع إلى مفلس . أما وصى الأب وهو المسمى بالوصى المختار . فإنه يقوم مقام الأب في الولاية على التركة نفسها . فله ولاية بيعها كلها سداداً للدين إن كان الدين مستغرقاً ، وله أن يحافظ على مصلحة القصر وله الولاية عليهم ، كما يحافظ على نصيب الغائبين في التركة لأن ولايته مبسوطة عليها إذ ولايته مستمدة من الأب مباشرة . غير أنه يفرق عن الأب في أنه ليس له أن يبيع العقار إلا للضرورة ، ولا أن يبيع من ماله للقاصر أو يشتري منه ، ولا لأحد ممن تحت ولايته (١) . وأما الجد فيتصرف في مقدار نصيب من في ولايته بكل أنواع التصرفات التي كان يملكها الأب نفسه لأن ولايته أصلية مستمدة من الشارع رأساً ومع هذا فليس له ولاية على التركة نفسها وليس له أن يبيعها جميعها سداداً للدين وإن كان كما يقول بعض الفقهاء له ولاية على التركة أيضاً . لكن باعتباره خليفة عن المتوفى إذ هو أحد الورثة لا باعتباره ولياً ، وأما وصى الجد فيأخذ حكم وصى الأب تماماً في تركة الجد نفسه وفي الولاية على الصغار . . . هذا وقد بينا من قبل أن المحكمة الحسبية هي التي اختصت الآن بالإشراف على كل هذا وتعيين الأوصياء وأصبح لها الإشراف أيضاً على الأولياء وسلب الولاية عنهم إذا اقتضى الحال ذلك وقد أشارت المادتان ١٦ ، ٤٧ من القانون المدني على أن القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الشخص الذي يجب حمايته .

وصى الجد

(١) يعين بعقد إيصاء يتم بإيجاب من الوصى وقبول من الوصى أو سكوته ومباشرة العمل بعد وفاة المريض ويقول صاحب الاختيار ج ٣ من ١٩٧ : إذا قبل أمام الوصى ثم رده أمامه فهو رد وإن رد عقد الإيصاء في غير وجهه فليس يرد .

الوكالة

تعريف الوكالة

٣٥٨ - تعريف الوكالة : تطلق في اللغة على الحفظ والتفويض

ومن ذلك قول الله تعالى إخبارا عن سيدنا هود صلى الله عليه وسلم : إني توكلت على الله ربي وربكم ، أي اعتمدت عليه وفوضت أمري إليه . ولا يبعد الفقهاء عن هذا المعنى بل منهم من صرح بأن قول الشخص لآخر وكلتك في كذا أنه يكون توكيلا في الحفظ (١) ويعرفونها بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه (٢) . وعلى هذا فمن تصرف في شأن يتعلق بغيره دون إنابة منه أو إذن فهو فضولي لا وكيل ، وإذا وكل شخص آخر عنه في عمل غير مشروع كان التوكيل غير صحيح لأن الموكل نفسه لا يملكه شرعا كمن يوكل شخصا ليقتل غريمه أو يؤذيه ويعتدى عليه .

دليل مشروعيتها

٣٥٩ - دليل مشروعيتها : من القرآن الذي هو المصدر الأول للفقهاء

الإسلامي ، إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ، فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة والوكالة عن المستحقين وقوله تعالى : فابعثوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه ، وهذه وكالة وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عنه في شراء أضحية له وهذا توكيل منه لغيره في عقد معاوضة ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم قد وكل عنه غيره في قبول نكاح أم حبيبة وهي بالحبشة كما وكل عنه غيره في قبول نكاح ميمونة وهذا توكيل منه في عقود الزواج . كما جاء الأثر بأن الإمام عليا كرم الله وجهه قد وكل عنه غيره في خصومة كانت بينه وبين شخص آخر (٤)

(١) بدائع ج ٦ ص ١٩ (٢) الفتح ج ٧ ص ١٠١ (٣) المغني ج ٥ ص ٧٩ .

(٤) يقول صاحب الهداية ج ٣ ص ١٠٩ « لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره دفعا للحاجة » وجاء في المغني ج ٥ ص ٨٠ « ولأن الحاجة داعية إليه لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا يلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الناس »

وقد أجمعت الأمة الإسلامية على جواز الوكالة من بدء الدعوة الإسلامية إلى الآن ولم يخالف في جوازها أحد .

٣٦٠ - حكمه مشروعيتها : تفاوت الناس في القدرة على تصريف حكمة مشروعيتها أمورهم وقضاء حاجاتهم إذ في الناس من يكون له أمر لا يستطيع أن يأتيه بنفسه لعجزه عن أدائه أو لعدم وجود سعة في وقته أو لأنه لا يليق به أن يأتيه لمهابة مركزه وسلطانه ، ولتيم التعاون بين الناس وهو مما يحث عليه الإسلام (١) وقد قيل في ذلك ما استحق أن يولد من عاش لنفسه وبهذا ترى أنها تكون بسبب عجز الموكل عن أداء ما وكل غيره في أدائه أو بسبب ترفعه عن القيام بمثل هذا العمل كتوكيل الأمير أو القاضي غيره لشراء حاجة له أو كتوكيل الشخص غيره للدفاع عن حق له قبل الغير لعدم قدرته على إظهار الحق وقوة حجة الوكيل أو لأنه متغيب أو مشغول بعمل آخر .

٣٦١ - الأصل في الوكالة أنها بغير أجر : قال الفقهاء إن الأصل في الوكالة أن تكون بغير أجر وإنما هي من قبيل المساعدة والتعاون . وإذا كان عقد الوكالة عقدا غير لازم من الجانبين فيجوز لأحدهما فسخه دون رضا الآخر مادام لم يتعلق بالتوكيل حق الغير (١) ومع أنها عقد غير لازم هنا فإن ما يؤديه الموكل في حدود الولاية التي خولها له التوكيل ينفذ على الموكل ويلتزم به أما إذا كان الوكيل يقوم بما وكل به نظير أجر فالوكيل في الواقع إنما يأخذ حكم الأجير (٢) ، وتسرى عليه أحكام الأجير خاصة كان

(١) قبل أن يتعلق بها حق المرتين فإذا وكل غائب حاضرا عنه في بيع داره وتسديد ما عليه للمرتين فحق المرتين قد يتعلق بالوكالة راجع الفتح ج ٦ ص ١٢٠ والمادة (٦٩٩) نص على أن الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني للموكل .

(٢) جاء في المفتي ج ٥ ص ٨٥ « ويجوز التوكيل بجعل وبغير جعل فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا في إقامة الحد ، وعروة في شراء شاة ، وعمرا وأبا رافع في قبول النكاح ، وبغير جعل . . . ثم يقول وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس ؟ » ومنه تتبين أنهم أجراء لا وكلاء .

أو مشتركاً . لكن إذا كان العقد خلواً من النص على شيء من ذلك ، واختلفا معاً . حكم العرف بينهما فما يتعارف الناس على أنه يكون بأجر لازم فيه الأجر وذلك كمن يوكل محامياً في الدفاع عنه أو مهندساً لتشييد بناء له فالأصل في عملهم أنه بأجر والقانون على أن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل (١) .

٣٦٢ - ركن الوطأة : الوكالة عقد كسائر العقود يكون بين طرفين

ركن الوكالة

ويتم باجتماع إرادتين ، ويلزم الصبوح لتام الإيجاب ، إلا أن القبول هنا لا يشترط أن يتصل بالإيجاب في مجلس العقد كما قلنا قبل . فإنه هنا يصح أن يصدر في مجلس الإيجاب كما يصح أن يصدر بعد ذلك . ولا يشترط في ذلك لفظ بعينه وقالوا لو علم الوكيل بالإيجاب فسكت ثم باشر عملاً بما وكل فيه اعتبر ذلك قبولا منه (٢) وكذلك لو كان الإيجاب قد صدر في غيبة الوكيل وعنده عليه قبل أو سكت ثم باشر العمل تم العقد وكان وكيلاً . لكن إذا علم فرفض هذه الوكالة ارتفع الإيجاب بالرد فإذا قام بعمل بعد رفضه بما وكل فيه كان فضولاً في هذا العمل (٣) .

جواز تأخر القبول

٣٦٣ - يشترط في الموكل : أن (٤) يكون ممن يملك فعل ما وكل فيه

ما يشترط في الموكل

فلزم أن يكون الموكل له أهلية أداء تخول له إجراء ما يوكل غيره فيه ، لأن الوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل ولذا يقال إن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان التصرف مما يقبل الإنابة جاز له أن يوكل فيه عنه أي شخص غيره وعلى ذلك فلا يصح توكيل المسلم للذمي ببيع خمر أو خنزير . لكن الإمام يرى أنه يكفي أن تكون الوكالة فيما يملكه الوكيل وأما كون

(١) راجع المادتان ٧٠٩ ، ٧٠٤

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٨٥ .

(٣) فتح القدير ج ٦ ص ١٠١ ، المفتي ج ٥ ص ٨٤ .

(٤) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠ فقد بين بالتفصيل ما يشترط في الوكيل وما يشترط في

الموكل به .

الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط عنده ولذا جاز عنده توكيل المسلم للذمي ببيع الخبز والخزير، أو أن يكون الموكل مالكا لأصل التصرف (١) فلا يصح التوكيل من المجنون والمعتوه والصبي غير المميز لأنهم لا يملكون هذا التصرف بأنفسهم إذ عبارتهم غير معتبرة أصلا، أما الصبي المميز فإن توكيله للغير لا يصح فيما هو ضار لأنه لا يملك إحداثه. ويجوز فيما هو نافع لأنه يستقل بقبوله. وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة فإن كان وليه أو وصيه قد أذن له في التجارة صح منه التوكيل فيها لأنه يملكها بنفسه وإلا فكان التوكيل موقوفا على الإجازة بمن له الولاية (٢). والسفيه ومن في حكمه يجوز منه التوكيل في كل ما يملك إحداثه والتصرف فيه من غير توقف على إذن، ولذا صح أن يوكل عنه غيره في عقد زواجه وفي طلاقه وفي وقفه على نفسه وذريته من بعده ثم إلى الفقراء وفي وصيته في حدود الثلث مادامت على غير وصايا أهل الفساد. وفيما عدا ذلك فيأخذ حكم الصبي المميز.

٣٦٤- ما بشرط في التوكيل : أن يكون عاقلا . فيعقل العقد ويقصده . بشرط في التوكيل العقل
لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلزم أن تكون عبارته معتبرة وينعقد بها العقد فيستوى في ذلك الرجل والمرأة والحر والعبد والمسلم وغير المسلم فلا يصلح الصبي الذي لا يميز والمجنون والمعتوه أن يكونوا وكلاء عن غيرهم لأنهم لا يعقلون العقد، ويصح أن يوكل شخص عنه صبياً مميزاً ومن في حكمه وكذا العبد سواء أذن لهما من له الولاية عليهما أم لا. وذلك لأن كون العبد والصبي المميز من أهل العبارة ولذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه ماله له والممنوع عنه هو التصرف في حق سيده، والتوكيل ليس تصرفاً في حق السيد هذا هو مذهب الأحناف. والأصل في ذلك أن

كون العبد والصبي والمرأة والسفيه وكلاء

(١) شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ ص ٢٥٤ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٢٠ ، العناية على الفتح ج ٦ ص ١٠٩ .

منع الصغير من التصرف في بعض العقود لا لنقص في عبارته ، ولكن محافظة على ماله لعجزه عن إدارتها فضم إليه من يشرف عليه ويعينه غير أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل نفسه لأنهما (١) ليسا من أهل العهدة . ولكن الشافعي يرى أن وكالة الصبي المميز غير صحيحة لأنه غير مكلف فوكالته عنده كوكالة المجنون لأن القاعدة عنده أن كل شيء حرج على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاه هو ، وقد منع الصبي المميز عن العقود فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره ، كما يرى أنه لا يصح توكيل الزوجة عن غيرها إلا بإذن زوجها وقد تكلم الفقهاء في ذلك كثيرا وساقوا من الأدلة ما لا يتسع له هذه الدراسة (٢) .

٣٦٥ — ما يسترط في الموكل به : أن يملك الموكل إحداث ما وكل غيره فيه ، وأن يكون معلوماً للوكيل أو مجهولاً جهالة يسيرة ، وهو كما يقول صاحب الهداية (٣) كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره وقد فصل صاحب البدائع (٤) هذا الشرط وأبان ما استثناه الشارع ومنع التوكيل فيه كالشهادة واليمين والحدود التي فيها حق العبد ، والقصاص إذا كان الموكل غائباً فيهما لاحتمال عفو صاحب الحق عن خصمه والحدود إنما تدرأ بالشبهات . واحتمال العفو شبهة تسقط الحد . أما إذا كان الموكل حاضراً فالتوكيل جائز لا انتفاء سبب المنع . فالفقه الإسلامي : يعترف بجواز الوكالة في كل العقود والالتزامات وما يتعلق بذلك ، فأجاز للإنسان أن يوكل عنه غيره في عقود البيع والشراء والإجارة والهبة والزواج والطلاق والوقف ، وكذا أجاز الوكالة في المخاصمة والمقاضاة وإثبات

يشترط في
الموكل به

ما يجوز التوكيل
به في الإسلام

(١) التوضيح على التلويح ج ٣ ص ١٥٩ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٢٠ ، الفتح والعناية ج ٦ ص ١١١ ، المغني ج ٥ ص ٧٩ و ٨٠ ، نهاية

المحتاج ج ٤ ص ١٤ .

(٣) ج ٣ ص ١٠٩ .

(٤) ج ٦ ص ٢١ و ٢٢ .

الدعوى وفي الصلح والإقرار والإنكار على تفصيل سنينه ، فلم يترك شيئاً يجوز للشخص أن يلتزم به إلا وأباح فيه توكيل الغير للحكمة السابق ذكرها إلا ما استثناه الشارع . فالشرع الإسلامى قد وسع على الناس وسهل لمن أحس في نفسه عجزاً أو في وقته ضيقاً (١) أن يوكل عنه غيره .

٣٦٦ - التوكيل بالخصومة : ولعل من أهم ما يحدث فيه التوكيل التوكيل بالخصومة وأكثره هو توكيل الشخص عنه غيره في مباشرة القضايا وخصوماته جميعها عدا الحدود والقصاص على ما بيناه . رضى الخصم بهذا الوكيل أم لا عند صاحبيه ووافقهما الشافعى وأحمد بن حنبل ومالك وغيرهم من الفقهاء . لأن التوكيل بالخصومة جائز من غير توقف على رضا الخصم به لأن الدعوى حق المدعى والإنكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل منهما حق نفسه كما لو خاصمه بنفسه . لكن الإمام أبو حنيفة يشترط رضا الخصم لتفاوت الناس في الخصومات فربما يكون الوكيل واسع الحيلة قوى الحجة ، فيعجز بدهائه الخصم عن إحياء حقه والوصول إليه ، فإذا كان قد ارتضاه خصماً وضاع حقه بسبب قوة خصومته فهو الذى أضر بنفسه .

ومع هذا فقد أجاز الإمام التوكيل بالخصومة من غير توقف على رضا الخصم إذا كانت هناك ضرورة تدفع الموكل إلى هذا كسفره أو مرضه أو كانت امرأة تستحي من مجالس الرجال . وذلك كي لا يضيع حقهم باشتراط رضا الخصم ، وقد يكون الخصم نفسه قوى الحيلة واسع الأفق فيخشى على حقه منه فيوكل عنه غيره لهذا أو لغيره .

وفوق ذلك فالأحناف عداؤهم يرون أن الوكيل بالخصومة مهمته أن

المراسلة

(١) نظرية العقد ص ٣٠٨ و ٣٠٩ هامش . يقول الدكتور السهورى «إن القانون الرومانى وحتى القانون الفرنسى الحديث كلاهما لم يصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامى في عقد الوكيل الذى أجاز الوكالة في كل العقود ومدار الوكالة في القانون المصرى تنبىء عن اتجاهه وجهة الفقه الإسلامى في جوازها في كل ما يملك الموكل إحدائه»

يظهر حق موكله ويثبته ، وهذا يقتضى منه أن يقر بما يرى أنه حق ، وأن ينكر ما يرى أنه غير حق . فيكون إقرار الوكيل وإنكاره حجة على الموكل ، كما له عندهم فوق ذلك كل ما يتعلق بالخصومة ومنه قبض ما يثبت لموكله من حق لأن الخصومة لا تنتهى إلا به وهو وكيل في الخصومة . أما زفر من الأحناف والشافعي ، فيريان أن الوكيل بالخصومة وكيل في المنازعة ومجادلة الدليل بالدليل ومهمته أن يعمل لصالح موكله . والإقرار ينأى ذلك . أما قبض ما ينتج عن الدعوى فيرى زفر أيضاً أن الوكيل بالخصومة لا يملكه لأن الموكل قد لا يآمن الوكيل على أمواله وإن كان مطمئناً لقوة حجته وسلامة بيانه (١) .

إقرار الوكيل
وإنكاره وقبضه
المال

٣٦٧- أقسام الوكالة : تنقسم الوكالة إلى منجزة ، ومضافة ، ومعلقة

الأحناف ومعهم أحمد بن حنبل يقسمون الوكالة إلى (١) منجزة . أى نافذة من وقت صدورها كأن يقول الموكل لمن يوكله : أنت وكيل عني في كذا من الآن ، فإن يد الوكيل قد أطلقها الموكل في هذا التصرف إطلاقاً ناجزاً من وقت التوكيل فلا يتوقف الوكيل على شيء آخر (٢) كما يصح أن يضاف التوكيل إلى زمن مستقبل كأن يقول الموكل للوكيل : أنت وكيل عني في كذا ابتداء من الغد أو من الشهر القادم مثلاً ، فإن الموكل بهذا يكون قد أطلق يد الوكيل ليتصرف في هذا الشأن الذي وكله فيه لكن أضاف هذا إلى زمن مستقبل تبدأ منه الوكالة (٣) أن يعلق التوكيل على شرط كأن يقول شخص لآخر أنت وكيل عني في كذا إذا سافرت من هذه الجهة أو أنت وكيل عني في كذا إذا حضر فلان أو أنت وكيل عني في دفع ما يطلبه

أقسام الوكالة

— ١ —
منجزة ومضافة
ومعلقة

(١) راجع في ذلك جملة البدائر ج ٦ ص ١٢٢ و ١٢٣ ، نكلمة الفتح ج ٦ ص ١٢٠ - ١٢١

المفتي ج ٥ ص ٨٠ إلى ٨٤ و ص ٩٢/٩١ ، الهداية ج ٣ ص ١٠٩ و ١١٠ ، ص ١٢٠ و ١٢١ والمبسوط ج ١٩ ص ٢٠ وما بعدها هذا والقانون يرى أنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وقد بينت ذلك المادتان ٧٠١ ، ٧٠٢

ابني من أموالى . إلى غير ذلك لأن التوكيل إطلاق التصرف والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة بخلاف التقييدات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن أميركم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة ، فقد وكل عليهم عند خروجهم للقتال زيدا وعلق توكيل من يليه ، وخالف في ذلك الشافعى (١) .

٣٦٨ — وتنقسم الولاية إلى مقيدة ومطلقة: أ — والوكالة تكون مقيدة بما — ٢ — مقيدة ومطلقة

قيد به الموكل وكيله ، فلا يصح له أن يتعدى هذا القيد إلا إلى ما هو خير للموكل كأن يقول شخص لآخر وكلتك عنى فى بيع دارى هذه بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة فباعها الوكيل بألف ومائة مؤجلة إلى سنة أو باعها بألف حالة فإن البيع يكون صحيحاً نافذا ويكون الوكيل لم يتعد حدود توكيله لأن المخالفة جاءت لصالح الموكل وقد تضمنت الإيجاب أما إذا قال له وكلتك عنى فى أن تبيع دارى هذه بألفى جنيه حالة فباعها الوكيل بألف وتسعمائة أو باعها بألفين مؤجلة أو منجمة ، وإذا قال له وكلتك ببيع الدار بألف حالة على أن تشتترط لى خيار الشرط فباعها بالألف حالة ولم يشترط له خيار الشرط كان فى تصرفه فضولياً وعقده موقوفاً على إجازة الموكل . لأن الولاية التى استمدها من الموكل لم تخول له هذا التصرف ولأن المخالفة لم تكن لصالح الموكل .

ب — وتكون مطلقة كأن يقول شخص لآخر أنت وكيل عنى فى بيع دارى هذه ولم يحدد له قدراً للثمن ولا وصفاً فالإمام يرى أن للوكيل أن يبيع بأى ثمن قل أم كثر ويمالك أن يبيع بغير الأثمان المطلقة ويمالك أن يبيع بالنقد وبالنسيئة لأن الأصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل والعرف هنا لا يصلح دليلاً لأن البيع بالغبن الفاحش

متعارف أيضاً لأن من الجائز أن يراد بيعه والتخلص منه للاقتناع بالثمن في شيء أفضل وقاس ذلك على من حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم خنزير أو لحم آدمي فإنه يحث في يمينه مع أن أكل هذا غير متعارف . ومع هذا فالإمام لا يجيز للوكيل أن يبيع ما وكل في بيعه لنفسه ولا لفروعه أو أصوله أو زوجه . أما الصاحبان ومعهما الشافعي . فيرون أن الإطلاق في التوكيل يتقيد بالعرف فلا يملك الوكيل أن يبيع بغين فاحش أو بغير نقود أو بيعاً مؤجلاً لأن مطلق البيع ينصرف إلى المتعارف والغين الفاحش غير متعارف . وهذا هو المختار ، ويجيز الصاحبان للوكيل المطلق أن يبيع ما وكل له بيعه لمن يشاء مادام البيع بمثل قيمته أو أكثر (١) .

٣٦٩ — تنقسم الوكالة إلى عامة وعامة : وقالوا إن كان الإيجاب خاصاً

بتصرف معين كأن يوكله في عقد بيع معين أو في دعوى منظورة أمام القضاء فعلاً أو أن يوكل شخص آخر في تأجير أرضه بنفسه . كانت الوكالة حينئذ وكالة خاصة مطلقة كانت أم مقيدة ، فليس للوكيل أن يتصرف إلا فيما وكل به ، وليس له أن يوكل عنه غيره فيما وكل هو فيه من غير أن يكون قد أجاز الموكل له ذلك صراحة . لأنه إنما رضی برأيه لا برأى غيره وإن كان الإيجاب عاماً أي فوض له التصرف في الأمر الذي وكله فيه كأن للوكيل الحق في أن يفعل كل ما كان للموكل حق فعله في هذا التصرف ومن هذا أن يوكل عنه غيره ، فيكون هذا الوكيل الآخر وكلاً عن الموكل أيضاً فلا يملك الأول عزله ، ولا ينزل بعزله أو موته ، وعلى هذا فلا يجوز للوكيل المطلق أن يوكل غيره إلا إذا أذنه الموكل بذلك أو يفوض له الرأي في التصرف ، وعلى كل فيجب على الوكيل الذي ثبت له حق توكيل الغير

— ٣ —
خاصة وعامة

(١) راجع المبسوط ج ١٩ ص ٣١ وما بعدها ، البدائع ج ٦ ص ٢٧ و ٢٨ . هذا والمادة (١٠٨) « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل إجازة التعاقد ... الخ »

أن يوكل أميناً قادراً ، وقد تكلم الفقهاء كثيرا في التفويض إلى الوكيل وما يشمله هذا التفويض من تصرفات (١) .

٣٧٠ - تصح الوكالة في معلوم : الوكالة إن كانت عامة كما قلنا
فهي تصح في كل شيء كما روى عن الأحناف . لا تنفاه الجهالة ، وارتفاع
الضرر بهذا العموم الذي نص عليه . فإذا قال الموكل لآخر أنت وكيل عني
في كل شيء ، أو قد فوضت لك كل أموري تتصرف فيها . فهو جائز عند
الأحناف ويرون أن الجهالة ترتفع بذلك ، أما إذا كانت الوكالة خاصة ؛
وبين الموكل العمل المطلوب بحيث يصبح معلوما كأن يقول له وكلتك عني
في بيع هذه الدار أو هذه السيارة كانت صحيحة : أما إذا لم يعين ذلك فإن
ترتب على عدم التعيين جهالة فاحشة لا تصح الوكالة . مثل أن يوكل شخص
عنه آخر في شراء كتاب له ولم يعين موضوعه . أو شراء دابة ولم يعين ما إذا
كانت جاموسة أم فرسا أم شاة . أما إذا كانت الجهالة يسيرة كجهالة النوع
فإنها تصح مع مراعاة حال الموكل . كأن يوكل شخص آخر في شراء
كتاب له في قواعد اللغة العربية ، أو قطعة صوف ليخيطها ثوبا . ومع هذا
فيقول بعض الفقهاء لا بد من التعيين جيدا كي تصح الوكالة منعا للضرر
والمنازعة ، وإليك ما يقوله ابن قدامة في كتابه المغني : « فعند ابن حنبل ،
والشافعي ، ورواية عن أبي حنيفة . بأنه لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم
فإن قال : وكلتك في كل شيء أو في كل تصرف يجوز لي . لا يصح لأن
فيه ضررا عظيما ، وخطرا كبيرا لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه ،
وإعتاق رقبته ، وتزوج نساء كثيرة . فيعظم الضرر » .

(١) المغني ج ٥ ص ٨٨ و ٨٩ ، الهداية ج ٣ ص ١٩٩ و ٢٠٠ وغيرهما . هذا والقانون
قد ألزم الوكيل في المادة (٧٠٣) بأن لا يجاوز حدود التوكيل إلا لمصلحة يراها واستعمال
عليه الرجوع إلى الموكل وكانت ظروف الحال يطلب معها الظن بموافقة الموكل ومم هذا فلزم
أن يبلغه فوراً بما فله . كما أن المادة (٧٠٨) تناولت إنابة الوكيل عنه غيره وبجملته نائباً
عنه متضامناً معه إذا كان بغير إذن الموكل وإلا فإذا أذنه من غير تعيين شخص فمسئولية الوكيل
تتصرف في خطئه في الاختيار .

٣٧١ - **توكيل أكثر من واحد :** ولهذا وكل شخص عنه أكثر من وكيل واحد فإما أن يكونوا جميعاً في عقد واحد أو في عقود متفرقة . فإذا كانوا في عقد واحد فليس لأحدهم الحق في أن يتفرد بالتصرف بمفرده فيما وكلهم فيه . إلا إذا كان قد أذنهم بالانفراد أى أجاز لكل واحد منهم حق التصرف منفرداً أو كان التصرف لا يمكن فيه اجتماع الوكلاء دفعة واحدة فإنه يلزم أن يترافع كل منهم بمفرده بعد أخذ رأى الآخر والاتفاق على طريق الدفاع لأنه لا يمكن أن يتكلموا دفعة واحدة ، هكذا يقول الفقهاء . وفي الواقع إنهم بالاتفاق على الخطوة التي يسرون عليها والاشتراك في الرأى ووضع الخطوط الرئيسية يكونون قد اجتمعوا في العمل ولا يعتبرون في مرافعتهم بعد ذلك منفردين لأن كل واحد منهم في هذه الحالة يتكلم برأيه ورأى زملائه . ويقول الفقهاء أيضاً إنه إذا تعدد الوكلاء في عقد واحد ولم يأذن لأحدهم بالانفراد صح لهم الانفراد بالتصرف رغم هذا إذا كان الموضوع بما لا يحتاج إلى رأى كرد . الودائع ، وقبض الدين أو وفائه — أما إذا أذن لكل منهم بالانفراد فإنه يصح لكل واحد منهم أن يقوم بموضوع الوكالة لأنه أعطاه السلطة كاملة . وكذا إذا وكلهم كل واحد منهم بعقد خاص فكل واحد له الحق في أن يتصرف بمفرده في موضوع الوكالة جميعه حتى لو كان موضوع الوكالة متحداً مثله مثل المجتمعين في عقد واحد مع إذنهم بالانفراد لأنه يكون كل واحد منهم بهذا قد استمد منه ولاية التصرف كاملة (١) .

سورة

٣٧٢ - **منى يعتبر النائب وكيله ومنى يعتبر رسولاً :** لاشك في أن الرسول يختلف عن الوكيل فالرسول ينعقد معه العقد برغبة المرسل نفسه ، وإرادته وما الرسول في التعاقد إلا سفير ومعبّر لا إرادة له في العقد ولا

منى يعتبر الشخص
وكيلاً ومنى يعتبر
رسولاً

(١) الفنى ج ٥ ص ٧٧ - ٨٨ ، البدائم ج ٦ ص ٣٢ - ٣٣ هذا والمادة ٧٠٧ من القانون تناولت تعدد الوكلاء بما لا يختلف عن الرأى الفقهى .

رأى وإنما مهمته أن يبلغ رغبته المرسل وإرادته بعبارة هو . فليس له في العقد سوى العبارة فقط ، ولذا كان العقد دائماً بالنسبة له يضاف إلى شخص المرسل فيقول باع فلان كذا أو بعثك كذا نيابة عن فلان وهكذا في سائر العقود والالتزامات أما الوكيل . فله في العقد شخصية ووجود . يتعاقد برأيه وإرادته وبعبارة أيضاً ولا يظهر في التعاقد إلا هو فيقول بعث كذا واشتريت كذا واستأجرت كذا والعقد دائماً يضاف إليه هو فيكون الوكيل عند التعاقد أصلاً في العقد ، وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم له وأن تعود الحقوق إليه . فتنقل إليه الملكية مثلاً في عقود البيع ويلتزم هو بدفع الثمن ويخاصم في ذلك ومن حقه أن يردّه بخيار العيب ويفسخ العقد إذا أكره عليه أو شابه أي عيب من عيوب الإرادة التي تؤثر في العقد . ولما كان في الحقيقة والواقع أن هذا العاقد ما كان يعقده لنفسه وإنما يعقده لأصيل مستور في شخصه . وما هو إلا شخص مستعار لإنشاء هذا العقد استنابه الموكل عنه بولاية أثبتها له عند التوكيل فاقضى هذا أن تكون حقيقة العقد للموكل بخلاف ما يظهره العقد نتيجة من أضيف إليه الإيجاب أو القبول . وبهذا نكون أمام اعتبارين . أما ظاهر العقد فالوكيل هو الذي يرجع إليه حكمه وتعود عليه جميع الحقوق وأما الحقيقة المستمدة من عقد التوكيل ومن كون الشخص الوكيل في عزمه ونيتته أنه يباشر ما يباشره لمصلحة الموكل فتقضى بأن يعود كل هذا إلى الأصيل دون الوكيل . فإلى من يعود حكم العقد وعلى من ترجع حقوقه .

٣٧٣ - حكم العقد :- هو الأثر الذي رتبته الشارع على العقد كنقل الملكية في عقد البيع ، والمنفعة في عقد الإجارة بالنسبة لعقد الزواج فإن المشتري يملك المبيع والمستأجر يملك المنفعة وعقد الزواج يفيد ملكية المتعة إلى غير ذلك مما رتبته الشارع على العقد والالتزامات : وقد أجمع الفقهاء على أن حكم العقد إنما يرجع إلى الموكل في جميع العقود والأحوال سواء أكان العقد مضافاً إلى الموكل أم إلى الوكيل الحر البالغ في عقد معاوضة

حكم العقد يعود إلى الأصل

رغم أن صيغة العقد لم يظهر له فيها أثر وكانت تقضى بأن الحكم يتبع السبب ، وإلا فإذا قيل بغير ذلك ما كان العاقد وكيلًا وإنما كان أصيلاً وكلاً منا في عقد يجريه بصفته وكيلًا . لكن الفقهاء وإن اتفقوا على هذه النتيجة إلا أنهم يختلفون في طريق ثبوت الحكم للموكل . فمنهم من قال إنه يثبت للموكل لأن السبب قد تحقق من جهته ولكنه لا يستقر إذ ينتقل فور ثبوته إلى الموكل بموجب عقد التوكيل وهو مذهب الكرخي وأسنده ابن قدامة الحنبلي للإمام أبي حنيفة إذ يقول : « وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل . . . » ومنهم من يثبت الحكم للأصيل ابتداءً عند العقد باعتباره خليفة عن الوكيل وهذا مذهب الأحناف والشافعي وأحمد . يقول صاحب البدائع : « لأنه إنما فعله له بأمره وإنابته وفعل المأمور مضاف إلى الأمر ، وجاء في الزيلعي على الكنز : « والصحيح أن حكم العقد يقع في الوكالة للموكل ابتداءً خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل أي حكم العقد وحقوقه ، لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلاً فيه ، ويقول صاحب الهداية : « والمالك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق ، وهو الصحيح ، ويفسر صاحب تكملة الفتح بأن كلمة هو الصحيح تشير إلى ما ذهب إليه الكرخي من أنه يثبت للموكل ابتداءً ثم ينتقل منه وعلى كل فالمسألة محل تفصيل بين الفقهاء ليست دراستنا محل (١) والنتيجة أن حكم العقد يكون للأصيل اتفاقاً .

حقوق العقد ٣٧٤ - حقوق العقد : هي ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه وتمكن كل عاقد مما أعطاه له العقد من حكم مثل ضمان خلو

(١) راجع الموضوع في المفتي ج ٥ ص ١٣٠ الزيلعي ج ٤ ص ٢٥٦ البدائع ج ٦ ص ٣٣ الهداية ج ٣ ص ١١١ ، تكملة الفتح ج ٦ ص ١٧ وما بعدها وكذا العناية بهامشه والمبسوط ج ٩ ص ٣٤ وغيرها من كتب الفقه .

المعقود عليه من العيوب ومطابقته لأوصاف العقد والتزام البائع برد المبيع عند اكتشاف العيب والتزامه بتسليم المبيع وأداء الثمن والمطالبة بإيفاء الزوجة عاجل صداقها وإلزامها بطاعة الزوج إلى غير ذلك من كل ما يستتبع العقد (١) ولمعرفة من الذى ترجع عليه هذه الحقوق ويكون ملتزما بها هل من باشر العقد وهو الوكيل أم من كان العقد من أجله وهو الأصل لزم أن ننظر إلى موضوع العقد والصيغة التى تكون منها.

ما ترجع الحقوق
فيه اتفاقا على
الأصل

٣٧٥ — ما أضيفت فيه الصيغة إلى الموكل أو توقف تمامه على القصة:
إذا ظهرت شخصية الموكل عند التعاقد فى صيغة العقد وكان معلوما لدى العاقد الآخر أن العقد لصالحه بأن يقول الوكيل بعت سلعة موكلى هذا بمبلغ كذا أو قبلت شراء هذا لموكلى ، أو باع موكلى كذا أو قبل موكلى أو زوجتك موكلتى أو زوجتك موكلتى نفسها أو طلقتك على موكلى أو طلقك موكلتى (٢) أو خالعتك موكلتى على كذا أو وهبك موكلتى (٣) كذا فإن حقوق العقد فيها جميعها ترجع إلى الموكل باتفاق الفقهاء جميعا وما الوكيل فى العقد إلا سفير ومعبّر والعقد يتم بإرادة الأصل نفسه فشخصيته فى الواقع ظاهرة فى العقد سواء أسند العاقد العبارة لنفسه أم لموكله وهكذا بالنسبة لسائر العقود سواء أكانت تقبل الإضافة إلى العاقد كالمعاوضات أم كان لابد فيها من إضافتها إلى الموكل نفسه كالزواج والطلاق وسواء أكان يتوقف تمامها على التسليم

— ١ —
ما أضيفت إليه
الصيغة فيه

(١) وقد تناولت هذا الموضوع المواد ١٠٤ ، ١٠٥ ، ١٠٦ فارجع إليها فهمى تتفق مع الفقه الإسلامى فى مجلتها .

(٢) وفى الطلاق لو أضاف الوكيل العبارة لنفسه وقال لزوجة موكله أنت طالق على كذا وقع الطلاق وكان حكم العقد وحقوقه للموكل لأن الوكيل هنا سفير لإذ الأصل فى الطلاق هو الموكل (٣) فى عقود التبرعات إما أن يكون وكيلًا عن المملك « الواهب والمبر الخ » فالأمر ظاهر إذا الحكم يتوقف على القبض ومجرد الإيجاب والقبول لا يكتفى بعمل العقد مملوك للموكل والوكيل أجنبي عنه فعادت الحقوق إلى صاحب المحل أما إذا كان وكيلًا عن « الموهوب له والمستعير .. الخ » فإذا كان الواهب قد عين الشخص بأن قال وهبت هذا الكتاب لعلى فقال وكيل على قبلت فإن الحقوق أيضا تعود على الموكل : وظاهر أنه لو قال له وهبتك هذا الكتاب فقال قبلت أنه هو المقصود بالهبة لا موكله .

كالتهرعات أم تم بمجرد الإيجاب والقبول ، وجاء في الفتح والهداية
والبدائع (١)

وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن
حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم
وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض لأن الحكم فيها لا يقبل
الفصل عن السبب ولذا لم يدخل فيها خيار الشرط إذ السبب في هذه العقود
إسقاط فيتلشى وكذا العتق على مال والكتابة والصلح على الانتكار فإنها
تضاف إلى الموكل وترجع الحقوق إليه ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة
والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض
فالحكم إنما يلاقى محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل الوكيل أصيلاً لكونه أجنبياً عن
المحل وكذا الشركة والمضاربة فإن الحق يرجع فيها إلى الموكل .

٣٧٦ — عقود المعاوضات المالية المضافة إلى وكيل ليس من أهل
عقود معاوضات
أضافها لنفسه
وكيل ليس من
أهل العهدة
العهرية : أما إذا باشر الوكيل عقداً من عقود المعاوضات المالية كالبيع
والشراء والإجارة والصلح عن إقرار وأضاف العقد إلى نفسه فيها فقال :
بعت أو اشتريت أو أجرت أو استأجرت أو تصالحت فإذا كان الوكيل
صيباً مميّزاً أو عبداً ولم يؤذن لهما من له عليهما الولايه بالتجارة فإن حقوق
العقد ترجع إلى الموكل أيضاً باتفاق من أجاز توكيلهما من الفقهاء لأنهما
ليسا من أهل العهدة والالتزام . يقول صاحب الهداية : وإن وكل صيباً
محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز ولا تتعلق بهما الحقوق
وتتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة وينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد
من أهل التصرف على نفسه مالكاً له وإنما لا يملكه في حق سيده والتوكيل ليس
تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي فلنقص أهليته
وأما العبد فلحق سيده فتلزم الموكل ..

الوكيل من أهل
العهد وأضاف
عقد معاوضة
لنفسه

٣٧٧ - عقود معاوضات مائة مضافة إلى وكيل من أهل العهدة

أما إذا كان عقد بيع أو إجارة أو ما يماثلهما وكان الوكيل حرا بالغا وأضاف العقد إلى نفسه فهنا نجد الفقهاء يختلفون فالأحناف (١) يذهبون إلى أن حقوق العقد إنما ترجع إلى الوكيل لا الموكل ويعتبرون الموكل أجنبيا عن العقد حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من وكيله بالثمن ولو طالبه فامتنع عن تسليمه الثمن لا يجبر على ذلك إلا بموافقة الوكيل، ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه غير أن المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ الوكيل عن الثمن إستحسانا، وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل . وإذا استحق المبيع شخص آخر وكان المبيع في يد الوكيل لم يسلمه لموكله فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على البائع وهكذا (٢) . ويعلل لذلك صاحب الهداية بقوله : « ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يتم فيها بالصيغة وهي له ، وهو العاقد حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فكان أصيلا في الحقوق فتعلق به ، ، وبهذا نجد الفقه الحنفي جعل الحقوق للوكيل في حال واحدة وهي ما إذا أضاف العقد إلى نفسه فأشبه ذلك نظرية القوانين الحديثة فيما أسموه بالشخص المستعار أو الأصيل المستور أما غير الأحناف فإنهم يرون أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل في جميع العقود لأن الأحكام فيها جميعها باتفاق ترجع إلى الموكل والحقوق تابعة للأحكام .

خلاصة ما قبل
في حكم العقد
وحقوقه

٣٧٨ - مبررات الكلام في حكم المقر وموقوف : أما حكم العقد فإنه

يرجع إلى الموكل في جميع العقود باتفاق الفقهاء وأما حقوق العقد وهي

(١) الفروع التي وردت في كتب الشافعية تفيد أن حقوق المصدق يجوز إرجاعها إلى الوكيل فيقولون كما جاء في نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٧ « إذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن وإذا استحق المبيع رجع المشتري على الوكيل بالثمن ثم يرجع الوكيل على الموكل . وإن كان للمشتري الرجوع ابتداء على الموكل نفسه في الأصح » من هذا تجد أن كتب الشافعية وإن أجازت الرجوع

على الوكيل في هذا إلا أنها تصرح بأنه جواز وأن الأصح الرجوع على الأصيل وبذا يكون الشافعية من المخالفين للأحناف كما نقل عنهم كتب الفقه الحنفي فارد هذا بما جاء في كتاب

الأموال ونظرية العقد ص ٣٧٥

(٢) البدائع ج ٦ ص ٣٣ .

ما يتبع حكم العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ الحكم فإنها ترجع أيضاً إلى الموكل عند الفقهاء جميعاً سوى الأحناف فقد أرجعوها على الوكيل نفسه دون الموكل والزموه بها في حالة واحدة وهي ما إذا كان الوكيل من أهل العهدة والالتزام بأن كان حراً بالغاً وكان العقد عقد معاوضة مالية بيع أو إجارة مثلاً وقد أضاف الوكيل صيغة العقد إلى نفسه فقال بعث أو اشتريت أو أجرت أو استأجرت

٣٧٩ - الوكالة عقد غير ملزم لهما: وكما قلنا إن الأصل في الوكالة أن تكون من غير أجر ولذا كانت غير ملزمة ويكون الوكيل متبرعاً بعمله وله أن يتخلى منه إلا أنه إذا كان وكيلًا بالبيع ولم يقبض من المشتري الثمن فلا يلزم هو به مع أن المطالبة به من حقه ولكن وجب أن يحيل موكله به على المشتري أما إذا كانت بأجر فإنها تكون وكالة وإجارة ويكون الوكيل في هذه الحالة ملزماً بإتمام ما عهد إليه إتمامه ومن حق الموكل هنا أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد وقت يتفق عليه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ الإجارة التي بينهما (١).

٣٨٠ - الوكيل أمين فهو يضمن: والوكيل يده يد أمين فلا يضمن ما تحت يده إذا هلك من غير اعتداء منه ولا إهمال اتفاقاً . كما إذا وكله ببيع دابة فهلك في يد الوكيل فلا ضمان عليه. أما إذا اشترى الوكيل لموكله عيناً وكل إليه شراؤها وكان الثمن حالاً فمن حق الوكيل أن يحبس العين تحت يده حتى يستوفي الثمن من الموكل ولو لم يكن قد دفعه بعد للبائع لأن حق العقد عائد عليه فإذا هلكت العين في يده بعد امتناعه عن تسليمها للموكل حتى يستوفي

الوكيل أمين
لا يضمن

(١) وفي المادة (٧١٥) أنه يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقبدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك وفي المادة (٧١٦) أنه يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك وقد ورد قيد في المادتين يقيد ذلك إذا كان عقد الوكالة مراعاة مصلحة خاصة أو تعلق به حق الغير أو كانت الوكالة بأجر بالقبول المنصوص عليها - وهذا تبعاً لأن الأصل فيها أنها تبرعية كما جاء في المادة (٧٠٩)

الثمن هلكت على الوكيل بشئها ولا شئ. على الموكل أما إذا كان قد اشتراه بضمن مؤجل فليس من حق الوكيل الامتناع عن تسليم العين للموكل ولا حبسها فإذا هلكت ضمن قيمتها لأنه يعتبر متعديا بحبسها عن الموكل .

ما انتهى به
الوكالة

عزل الموكل
للكيل

٣٨١ — ما يخرج به الوكيل عن الوكالة : (١) تنتهي وكالة الوكيل بعدة أمور :

١ - عزل الموكل لوكيله مزيل لعقد الوكالة بشرط أن يعلم الوكيل بذلك وأن لا يكون قد تعلق بالوكالة حق الغير. أما الأول فلكي لا يضار الوكيل إذا تصرف قبل العلم ولذا كانت تصرفاته قبل علمه بالعزل نافذة ، وأما الثاني فلكي لا يضار الذي تعلق حقه بالوكالة كما إذا وكل المدين غيره ببيع ما قدمه رهنا لسداد دينه عند حلول مواعده فإن الراهن لا يملك عزل من وكله ببيع الرهن إلا برضاء الدائن والمرتهن .

عزل الوكيل
لنفسه

خروج الموكل
عن أهلية التصرف

٢ - وكذلك إخراج الوكيل نفسه مزيل للوكالة لأنها عقد غير لازم كما قلنا بشرط علم الموكل وعدم تعلق حق الغير بالوكالة .

٣ - موت الموكل أو خروجه عن أهلية التصرف فيما وكل فيه . فإنه مسقط للوكالة من وقت خروجه عن الأهلية أو موته من غير توقف على علم الوكيل . وكذلك إذا حجر عليه للسفه فإن وكالة الوكيل تبطل إذا كان التوكيل في شئ لا يملكه الموكل بعد الحجر عليه بأن كان تبرعا مثلا .

خروج الوكيل
عن أهلية التصرف

٤ - خروج الوكيل عن أهليته للتصرف بأن جن جنونا مطبقا والجنون المطبق قيل هو الذي يدوم شهرا وقيل هو الذي يدوم سنة . ومن الواضح أنه إذا مات انتهت وكالته .

تصرف الموكل قبل
الوكيل

٥ - تصرف الموكل نفسه فيما وكل فيه قبل تصرف الوكيل بأن كان

(١) راجع البدائم ج ٦ من ص ٣٧ إلى ص ٣٩ . وانتهاء الوكالة في القانون قد تناولته المواد (٧١٤) التي تنص على أنها تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وموت الموكل أو الوكيل والمادتين ٧١٥ و ٧١٦ وهما اللتان تميزان لكل من الوكيل والموكل إنهاء الوكالة رغم الآخر بالقيود المذكورة فيهما .

قد وكله يبيع داره أو تأجيرها . فباعها الموكل نفسه أو أجرها قبل أن يعمل
الوكيل شيئاً من ذلك .

٦ - خروج موضوع التوكيل عن صلاحيته لتصرف الوكيل بما وكل
إليه بأن كانت شاة قد بحت أو هلكت أو عبداً فعتقه سيده أو وهبه .

عدم صلاحية
الحل للتصرف

٧ - وأخيراً فإن من الطبيعي أن مهمة الوكيل تنتهى بانتهائه من العمل الذى
وكل إليه فإذا كان وكيلًا فى إجراء عقد زواج فبمجرد تمام العقد أصبح الوكيل
منعزلاً من تلقاء نفسه إلا إذا شمل عقد الوكالة شيئاً آخر كقبض المهر مثلاً .

انتهاء الوكيل
من العمل

الفصل الرابع

عقد الفضولي

٣٨٢- من هو الفضولي : قلنا إن تصرف الشخص عن غيره قد يكون الفضولي المتصرف مستمدا سلطانه وولايته على هذا التصرف من نفس صاحب الشأن وهو الوكيل أو مستمدا هذه الولاية من الشارع رأساً أو بالواسطة وهو الولي والوصي . وأما الذي تصرف في شأن من شئون غيره تصرفاً شرعياً من غير أن يكون له سلطة إصدار هذا التصرف . فهو الفضولي . وفي اللغة الفضل الزيادة والفضولي من يشتغل بما لا يخصه ولا يعنيه فالفضولي شخص له أهلية لتولي العقد الذي أنشأه فعبارة فيه صحة معتبرة باعتقادهما العقد . لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه .

٣٨٣- المرافع لو هو بعقد الفضولي : فإذا كان لك صديق أو قريب أو أي شخص يعلم أنك في حاجة لشراء أو استئجار سيارة ، أو في حاجة إلى بيع أو تأجير سيارتك أو في حاجة إلى الزواج من فتاة معينة أو غير معينة أو من غير أن يعلم أن لك رغبة ، لكنه صادفه شيء من ذلك ولست معه ولا يمكنه الاتصال بك وظن أن في إجراء هذا العقد مصلحة لك وخشى ضياع الفرصة لو انتظر حتى يرجع إليك فبادر وعقد العقد فاشترى أو استأجر أو باع أو أجر أو عقد لك عقد زواج أو غير ذلك من سائر التصرفات ، أو كان وكيلاً عنك وكالة مقيدة فتخطى قيود الوكالة وتصرف مقدراً أنه عمل لمصلحتك ثم عاد إليك وأنبأك الخبر . فسر كصنيعه أو ساءك وكنيت في غير حاجة إليه . فما يكون حكم هذا العقد ؟

٣٨٤- حكم عقد الفضولي : الشافعية ورواية عن أحمد ومالك أن هذا العقد الشافعية ومن معهم باطل ولا ينعقد مطلقاً لأن المتعاقد وهو الفضولي ليس صاحب شأن ولا نائباً

الأحناف
ومن معهم

عن صاحب الشأن والولاية شرط لانعقاد العقد نفسه. لانفاذها والأحناف والرواية الأخرى عن أحمد ورواية عن مالك في عقود المعاوضات دون غيرها يرون أن هذه العقود صحيحة لأنها قد انعقدت ووجدت واستوفى العقد أركانه وشروطه وليس من شروط انعقاد العقد أن يكون التصرف عند إنشاء العقد مملوكاً للمتعاقدين. وإنما كان ذلك شرطاً لنفاذ العقد لا لإنشائه ووجوده. غير أنه لا ينفذ على صاحب الشأن إلا إذا رضى به ولذا قالوا إنه ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن واستدلوا على رأيهم بأن هذا التصرف قد ينتج مصلحة للمعقود له يندم إذا ضاعت منه لتحقيقها له من غير عناء ولا مشقة فيجيزه ويصبح نافذاً وإلا فإذا رغب عنه رفضه والأصل في حال العاقل الصلاح، والفضولي في الغالب لا يكون بعمله إلا قاصداً المعونة والمساعدة لمن يعقد له، وكل ما في الأمر أنه قد يخطئ الظن فما يراه هو حسناً قد يراه المعقود له سيئاً ولذا كان موقوفاً (١) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حزام وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول عليه السلام فدعا له بالبركة وقال بارك الله في صفقة يمينك، وما كان حكيم هذا بأمور بالبيع. فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له الرسول ولأنكر عليه فعله.

٣٨٥ - أثر الإجازة في براء نفاذ العقد: وإذا أجاز صاحب الشأن العقد الإجازة اللاحقة كالإذن السابق

فإنه يكون نافذاً من تاريخ انعقاده لا من وقت الإجازة. لأنهم يقولون إن الإجازة تأخذ حكم إنشاء العقد والإجازة اللاحقة كالإذن السابق. ينقلب بها الفضولي وكيلاً من وقت العقد وتسرى عليه أحكام الوكيل في رجوع حقوق العقد وحكمه كما سبق بيانه. إلا في العقود التي تقبل التعليق على شرط كالطلاق، والعتيق، فإنها تنعقد من وقت الإجازة لا من وقت العقد لأنه

(١) راجع الموضوع جميعه في البدائع ج ٥ من ص ١٤٨ الى ١٥٢ فله في هذا كلام بديع وتعليق جميل

معلق في المعنى على حصول الإجازة من صاحب الشأن فيأخذ حكم المعلق على شرط صراحة . وهو أن ينفذ من وقت تحقق الشرط المعلق عليه ، وعلى أساس أن العقد بالإجازة ينفذ من وقت إنشاء العقد فإن نفقاته تلزم المجيز وكذا النماء والزيادة له .

شروط توقف
عقد الفضولي
على الإجازة

٣٨٦- عقد الفضولي نافذ عليه وإلا فينقصر موقوفاً على الإجازة :

ولما كان الأصل في المتعاقد أنه يتعاقد لنفسه . فكان الأصل إذا أن ينفذ العقد عليه هو إن أمكن ذلك لأن الأصل في العقد الصحيح أن يكون نافذاً ومرتباً عليه حكمه . ولذا نجد الأحناف يشترطون لتوقف عقد الفضولي على الإجازة شرطين :

(١) ألا يجد
نفاذاً عليه

٣٨٧- ألا يجد العقد نفاذاً على الفضولي : أن لا يكون في الإمكان

نفاذ العقد على الفضولي نفسه . أما إذا أمكن نفاذ العقد عليه إذا رفضه صاحب الشأن نفذ عليه كي لا يضر الطرف الآخر في العقد . لكن متى يجد العقد نفاذاً على الفضولي حتى لا يبطل العقد بعدم الإجازة؟ ومتى لا يجد نفاذاً عليه لبيان ذلك نجد الأحناف كما يحد ثنا صاحب البدائع في كتابه يفرقون بين عقد الفضولي إذا كان بائعاً أو مؤجراً وبين عقده إذا كان مشترياً أو مستأجراً .

إذا كان بائعاً

(١) فإذا كان بائعاً أو مؤجراً . فلا يمكن نفاذ العقد على الفضولي مطلقاً إلا بإجازة المالك وموافقته وإلا لترتب عليه خروج ملك المالك من غير إذنه ورغبته ، ولذا كان لا بد من القول ببطلان العقد إذا لم يجزه صاحب الشأن .

إذا كان مشترياً

(٢) أما إذا كان مشترياً أو مستأجراً . فهنا ننظر هل أضاف العقد إلى نفسه أم إلى من يشتري أو يستأجر له .

— ١ —

أضاف العقد
لنفسه

١- فإن أضافه إلى نفسه كان الشراء أو الاستئجار له سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على التعاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يتصرف الإنسان لنفسه إلا إذا جعله

لغيره أو كان لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي نفسه لأنه ليس من أهل العهدة والالتزام بأن كان صييا أو عبدا لم يؤذن لهما بالتجارة . فهنا لا مفر من اعتبار العقد موقوفا على إجازة المعقود له لعدم إمكان إنفاذه على الفضولي رغم الإضافة إليه ، ولأن العاقد من حقه أن يجعل العقد لغيره بحق الوكالة وغيرها وهنا جعله لغيره فينمقد موقوفا على إجازته فإن أجازته نفذ العقد لكن الحقوق إنما ترجع إلى المجيز نفسه تبعا للحكم لأن العاقد ليس من أهل العهدة وإذا رفضه فلا مفر من القول ببطلان العقد .

ب — إذا أضاف عقد الشراء إلى المعقود له بأن قال البائع بعت هذه السيارة من أجل فلان بكذا فقال الفضولي قبلت له بذلك فإن العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المعقود له . فإن أجازته نفذ من وقت العقد ويقول صاحب البدائع ولا بد في هذه الإضافة التي يكون العقد موقوفاً من أجلها أن تكون في الإيجاب والقبول فيقول البائع بعت من أجل فلان بكذا ويقول الفضولي قبلت له . إذ الأصل كما قلنا أنه يعقد لنفسه وضرورة إضافة العقد إلى الغير في الجانبين تقتضي الخروج عن الأصل وجعل العقد موقوفاً على إجازة من أضيف إليه . بخلاف الوكالة فإن العقد ينعقد نافذا للوكيل رأسا ولا يكون حكم العقد للوكيل رغم إضافته إلى نفسه لأنه قد أنابه مناب نفسه فالإنابة صرفت العقد عن أصله وكان التعاقد للوكيل .

— ب —
أضاف العقد
إلى غيره

٣٨٨ — أنه يملك الأصل الإجازة وقت إنشاء العقد : أن يكون للعقد مجيز يملك الإجازة وبالتالي يملك التصرف وقت إنشاء العقد ، وإلا لم تلحقه الإجازة (١) . فإذا باع الفضولي شيئاً يملكه لغيره ثم يجيز صاحب الشأن

— ٢ —
أن يكون العقد
مجيز وقت
الإنشاء

(١) البدائع ج ٥ ص ١٤٩ لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال ، وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيدا فينمقد ، ومالا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فإن حدث كان الانعقاد مفيدا وإن لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك إذ أن الأصل ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك

بنفسه أو بوليّه فإن كان من صدرت منه الإجازة كان يملك التصرف ويملك الإجازة وقت إنشاء العقد اعتبرت إجازته وإلا فلا يعتبر العقد موقوفاً وقت إنشائه وإنما يكون نافذاً على الفضولي إن أمكن أو يكون باطلاً. فمثلاً لو تصرف الفضولي في شأن من شئون الصبي وفيه غبن فاحش ، أو تبرع بشيء من مال الصغير أو طلق عليه زوجته فإن العقد لا يكون موقوفاً لأن الصبي نفسه لا يملك شيئاً من هذه التصرفات كما لا يملكها وليه ، ومن هذا القبيل لو تصرف الصبي نفسه بشيء من هذا لا يكون العقد موقوفاً وإنما يقع باطلاً لأنه لا يمكن نفاذه عليه شخصياً من غير توقف على إجازة ، ولأنه وقت إنشاء العقد لا يملك وليه إجازة شيء من هذه العقود لأنها ضارة بالصغير كما تقدم (١) .

— ١ —
صدورها من
يملكها وقت
العقد شخصياً

٣٨٩ — شروط صحة إجازة صاحب الشأن لعقد الفضولي (٢) : ١ — أن تصدر الإجازة من كان يملك التصرف وقت العقد شخصياً أو من نائبه في حياته فلو مات قبل أن يحيز عقد الفضولي نفذ العقد عليه إن وجد سيلاً وإلا انقلب باطلاً إذ حق الإجازة لا يورث .

— ٢ —
في حياة الماقد
الآخر

٢ — أن تصدر الإجازة من يملكها على الوجه السابق في حياة المتعاقد الآخر الذي تعاقد معه الفضولي كي يظهر نفاذ العقد في حقه .

(١) يقول صاحب البدائع ج ٥ ص ١٥٠ : إذا طلق الصبي امرأته أو خالها أو أعتق عبده أو وهب ماله بمجابهة ، أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه . لا ينعقد حتى لو أجاز له وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها ، فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجاز له الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء فيكون ذلك إنشاء لإجازة . وكذا وصية الصبي لا تنعقد لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده ألا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف ، وسواء أطلق الوصية أو أضافها إلى حال البلوغ لما قلنا . حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ، ولو أنشأها بعد بلوغ لصحت وصيته . . .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٥١ .

٣ — أن تصدر الإجازة ومحل العقد قائماً لأن الإجازة تنصب عليه فلو كان الفضولي عقد لآخر عقد زواج وقبل أن تصدر الإجازة من الزوج ماتت الزوجة فلا تصح الإجازة بعد ذلك لفوات المحل من جهة أن الزوجة محل في العقد ولصدور الإجازة بعد حياة الطرف الآخر صاحب الإيجاب . وبهذا يكون العقد غير منعقد ألبة ولا يترتب عليه أى حق للعقود له فلا يرثها لأنها أجنبية عنه .

— ٣ —
وجود محل العقد
عند الإجازة

٤ — وأخيراً فهل يجب أن تصدر الإجازة في حياة الفضولي نفسه؟ الواقع أن العقود تختلف فإن كان العقد من العقود التي لا تعود عليه الحقوق فيها بالإجازة كعقد الزواج والهبة وغيرها مما يصير فيها الفضولي بالإجازة رسولاً ولا وكيلًا لا تتوقف الإجازة فيها على حياته فيصح أن تتم الإجازة من صاحب الشأن إذا علم بعد وفاة الفضولي لأن المتعاقدين ليسا في حاجة إليه إذ حكم العقد وحقوقه إنما يرجعان للمتعاقد نفسه لا للفضولي . أما إذا كان العقد من عقود المعاوضات التي ينقلب فيها الفضولي بالإجازة وكيلًا تعود عليه حقوق العقد كانت الإجازة غير صحيحة إلا إذا حدثت عند علم صاحب الشأن في حياة الفضولي نفسه .

— ٤ —
في حياة الفضولي
إن كان العقد يلزم
هو بحقوقه

٣٩٠ — هل يملك الفضولي فسخ العقد قبل الإجازة : إذا باشر شخص فضولي عقداً فيما أن يكون قد أضاف العقد إلى نفسه وكان من العقود التي يمكن نفاذها عليه شخصياً بأن يكون عقد لجانب المشتري أو المستأجر وأضاف العقد إلى نفسه وكان من أهل العهدة والالتزام فهنا العقد لا ينعقد موقوفاً وإنما ينعقد نافذاً على العاقد نفسه . ولما كان في إجازة العقد ممن كان يعقد له الفضولي هنا ما يجهل الفضولي وكيلًا وترجع إليه كل حقوق العقد جاز له لذلك أن يفسخ العقد بالنسبة لمن كان يعقد له إذ من حقه أن يتدارك الأمر ويمنع عن نفسه هذا الالتزام قبل حدوثه بالإجازة (١) . أما إذا كان عقداً لا ترجع

متى يملك الفضولي
فسخ العقد الذي
باشره

(١) وفي البدائم ج ٥ ص ١٥١ « ولو اختلفا فقال المشتري له كنت امرتك بالشراء وقال المشتري اشترته لك بغير أمرك فالقول قول المشتري له لأن المشتري لما قال اشترته لك كان ذلك إقراراً منه بأنه اشترى بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمر . عادة فكان القول قوله . لكن لا محل له ذيانة إلا إذا كان قد أمره حقيقة »

إليه فيه الحقوق والإجازة لا تجعل منه أكثر من سفير ومعبر بأن كان من العقود التي لا ينفصل فيها الحكم عن السبب أو التي لا تتم إلا بالقبض أو كان قد أضاف العقد إلى نفسه ولا يمكن نفاذ العقد عليه فإن العقد ينعقد من الأصل موقوفاً على إجازة صاحب الشأن ، ويعتبر الفضولي بالإجازة سفيراً ومعبراً عند إنشاء العقد والسفير ينتهي عمله بانتهاء العقد فلا يرجع إليه شيء من حقوقه ولا يملك فسخه ، وإذا فسخ الفضولي العقد ثم علم الأصيل وأجازته كان العقد صحيحاً وناظراً ولا عبرة بما صدر من الفضولي لأنه أصبح أجنبياً عن العقد غير أنه يجب أن يلاحظ أن للعاقدة الآخر حق الفسخ قبل الإجازة في هذه العقود التي لا تنفذ على الفضولي لأنه ما التزم بعبارة إلا على أساس إجازة الآخر

أحوال عقد
الفضولي

٣٩١- مادت أمظام عقد الفضولي : من جميع ما تقدم عن الفضولي يمكن القول بأن حكم عقد الفضولي يكون إما أن ينعقد صحيحاً نافذاً عليه إن وجد سبيلاً إلى النفاذ عليه . (٢) ينعقد موقوفاً - كما يقول الأحناف إذا لم يكن هناك سبيل لإنفاذه على الفضولي وكان للعقد مجيز وقت إنشائه فإذا أجازته انقلب نافذاً . (٣) ينعقد موقوفاً ثم ينقلب باطلاً إذا لم تتحقق الإجازة وكان لا يمكن نفاذه على الفضولي . (٤) ينعقد باطلاً إذا لم يكن له نفاذ على الفضولي نفسه ولم يكن له مجيز وقت إنشائه . هذا ما ينتج مما سبق بيانه عن عقد الفضولي في نظر رجال الفقه الإسلامي (١)



(١) أما القانون فقد تناول هذا الموضوع في المواد من (١٨٨) إلى (١٩٧) وفيها جعل عقد الفضولي موقوفاً على إجازة من عقده وأنه تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ، وأنه يكفي في الفضولي أن يكون من أهل التمييز فلا يشترط أن يكون له أهلية أداء كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه باسم رب العمل إلى غير ذلك وأنه وإن قرب من وجهة نظر الأحناف في هذا إلا أن بينه وبين الفقه تفاوت ليس في الوقت والدرس سعة له راجع الوسيط للأستاذ الكبير الدكتور السنهوري ص ١٢٢٨ وما بعدها .

القسم الثالث

أقسام العقد

الفصل الأول

أقسام العقد من ناحية القصد والغاية

وحدوث الأثر دفعة أو بالتتالي

٣٩٢ - غاية العاقد وقصره من العقر: ما من شك في أن كل عقد من العقود له أثر يرتبه عليه الشارع وجعل مباشرة العقد طريقا وسببا للوصول إليه . فعقد البيع مثلا يرتب عليه الشرع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع . وقد سبق بيان ذلك . وكل عاقد لا بد له من غاية يقصدها من العقد ويريد أن يصل إليها عن طريق التعاقد ، ومادام العاقد يقصد الوصول إلى حكم العقد نفسه الذي يرتبه الشارع عليه فالعقد صحيح كأن تكون غاية البائع والمشتري انتقال ملكية المبيع والثمن من كل إلى الآخر حقيقة ، وغاية المستأجر تملك منفعة العين المؤجرة في مدة العقد وتملك المؤجر الأجر ، وغاية الزوجين من عقد الزواج دوام العشرة بينهما وتكوين أسرة لهما وهكذا أن يقصد العاقد في كل عقد غايته التي رتبها الشارع عليه .

سبب العقد

٣٩٣ - أثر قصر العاقد في صحة العقر وعمله: وقد كان قصد العاقد وغرضه له أكبر الأثر في نظر رجال الفقه الإسلامي فقد رتبوا على ذلك حل العقد وحرمة وكرامته ، ورتبوا عليه أيضا صحته وفساده ، وفي هذا يقول صاحب أعلام الموقعين (١) : « فالقصور في العقد معتبرة وتؤثر في صحة

قصد العاقد
وأثره في حل
العقد وحرمة

العقد وفساده وحله وحرمة. وقد سبق أن بينا ما قاله الفقهاء في العقود التي يقصد العاقد فيها الوصول إلى شيء محظور عن طريق ما يعقدون عليه ومثلنا لذلك ببيع العينة وزواج المحلل (١) ولذا يدخل الفقه الإسلامي مع الشخص في نواياه متمسكاً بإرادته الحقيقية والقصد الفعلي من تصرفه وعقوده والباعث الأساسي لما أقدم عليه ثم يكون بعد ذلك وصف العقد من ناحية الحل والحرمة والكراهة وقد لا يظهر هذا الحكم للناس إذا بنى على باعث خفي مستتر وراء غرض مشروع وقد يظهر هذا الحكم للناس إذا ما ظهر الباعث الحقيقي ودلت عليه القرائن ولا يعيننا في دراستنا هذه أكثر من أن سبب العقد (٢) في الفقه هو غاية العاقد وقصده من العقد .

٣٩٤ — تقسيم العقد إلى مجموعات متميزة في الأثر والغاية التي تبرزها الشارع : ولما كانت بعض العقود تتشابه وتتحد مع بعضها في الغاية كانت الآثار التي تنبئ عليها في الظاهر متحدة وقد دفع هذا التشابه بين بعض العقود فيما ينتج عنها من أحكام أن قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات تحتوي كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها والغاية المرجوة منها وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها وميزوها عن غيرها بخواصها . ومع هذا فهناك بعض العقود تتداخل في أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصية . وسندكر لك هذه المجموعات بكل إيجاز .

أقسام العقود باعتبار آثارها

(١) ص ٢٨٦ ، ٢٨٧

(٢) سبب العقد في القانون هو العرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين محل العقد أن المحل هو ما التزم به المدين (Quid — debetur) وأما السبب فهو لما إذا التزم المدين (Cur — debetur) . وفي الحق أن السبب ليس هو نفس إرادة الملتزم ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة وعلى كل فالإرادة لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب تبغى تحقيقه لذلك كان السبب وإن تميز عن الإرادة إلا أنه يوجد حيث توجد . فهو ركن في العقد غير ركن الإرادة راجع الوسيط من ص ٤١٣ إلى ص ٤٨٢ وقد تناول القانون نظرية السبب في المادتين (١٣٦ ، ١٣٧)

٣٩٥ - عقود المعاوضات: (١) وتسمى عقود المبادلات وهي ما حدثت

فيها المعاوضة والمبادلة بين المتعاقدين على مملوكة كل منهما الآخر سواء أكانت مبادلة مال بمال وهي تشمل البيع (٢) بجميع أنواعه بما في ذلك السلم والصرف (٣) والقرض (٤) والصلح عن إقرار أم كانت مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع والمزارعة ، والمساقاة والمضاربة (٥) . أم كان مبادلة مال بمال ليس بمال مولا منفعة مال كالزواج والخلع (٦) . أم كان مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع ، المهايأة ، فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة .

(١) العوض في اللغة الخلف يقال أعاضني الله عنه عوضاً . الخ راجع القاموس باب الضاد فصل العين
(٢) البيع هو مبادلة المال بالمال لا على وجه التبرع وهو يشمل بيع المساومة وهو أن تبين المبيع بالثمن الذي تتفق عليه وترتضيه نتيجة مساومة الآخر وهذا هو الأصل في عقود البيع . وبيع الوضعية هو بيع يمثل الثمن الذي عليك الشيء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد أي بيع بخسارة . وبيع المربحة هو أن تبينه بما قام عليك من ثمن ومؤنة مع زيادة قدر تتفق عليه مع المشتري كبيع لك واشترط الفقهاء شروطاً منعاً للربا سواء أكان العوض ثمناً ويسمى بيعاً أم كان التبادل بينهما على سلعتين ويسمى مقايضة — راجع كتابنا المال والالتزام في الفقه الإسلامي ص ٣٢٩ وما بعدها .
(٣) أما السلم فسبق بيانه والصرف هو بيع جنس الأثمان ببعضها ببيع ولا بد فيه من قبض البديلين في المجلس وهو من العقود الربوية راجعه في كتابنا السابق ص ٣٣٢ وما بعدها .
(٤) القرض أن تعطى عبك شيئاً مثلياً من مالك على أن يرد لك مثله في الوقت المتفق عليه .
(٥) المضاربة : هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر ، وأن يكون الربح بين المتعاقدين . راجع الهداية ج ٣ ص ١٦٢ ، الجوهرة على التدوير ج ١ ص ٣٥٠ .

(٦) الخلع عقد بين الزوجين المال فيه عن المرأة تبذله فيخلعها الرجل أو يطلقها ، وحكمه من جهتها حكم المعاوضة حتى يجوز لها الرجوع عنه ويبطال بإعراضها : راجع الجوهرة ج ٢ ص ١٣٥ ، والهداية ج ٢ ص ١١ . وللمرحوم أستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم توجيه نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس ، يقول فيه : « جعل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التي قبل فيها المال بغير المال ، وبغير المنفعة وأقول أن حقيقة الأمر فيه أنه عقد ازدواج وانضمام بين الرجال والنساء أذن به الشارع على وجه ما ، ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه النفقة فهو ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج ، ولكنه شيء وضعه الشارع على الرجل لعائدة المرأة ومثل ذلك في البلاد الغربية تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج « الدوطة » فليس المهر ثمناً للزوجة كما أن الدوطة ليست ثمناً للرجل وأخذ على الفقهاء هذا راجع ص ٦٧٨ / ٦٧٩

- ٢ -
التبرعات

٣٩٦- عقود تبرعات : وهي العقود التي يكون التملك فيها من غير

مقابل إذا المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به وذلك كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة (١) ، وإبراء الدائن المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق في مطالبته به ، والقرض أيضاً لأن المقرض إنما هو متبرع في تمكن المقرض من الانتفاع بالقرض ، والمحابة في عقود المعاوضات ، وكذلك الكفالة (٢) بأمر المكفول له فإن الكفيل متبرع بضمان الدين والحوالة (٣) إذ لم تكن بأمر المحيل كأن يكون لشخص على آخر مبلغاً من المال فيأتي ثالث ويطلب من الدائن أن يأخذ الدين منه هو فإنه يكون متبرعاً بما يدفع ، ولا يرجع على المدين به مادام ذلك لم يكن بأمره فكل هذه العقود تبرعات لأنها تمت من غير أن يكون لها مقابل من الآخر وليس فيها شيء من المبادلة .

تبرع ينتهي
بمعاوضة

غير أنه من هذه العقود ما يكون عقد تبرع في الابتداء ، ومعاوضة في الانتهاء وذلك كالهبة بشرط العوض . خلافاً لزفر والشافعي . وكعقد القرض والكفالة والحوالة بأمر المدين . وبذا تجد أن عقود التبرعات يندرج تحتها العقود التي كان التبرع فيها مقصوداً ابتداءً وانتهاءً أم كان التبرع ضمن عقد معاوضة أم كان التبرع في الابتداء وقد ينتهي به الأمر إلى عقد معاوضة وعقود المعاوضات والتبرعات في الواقع إنما تفيد شيئاً واحداً وهو التملك فإن عقود المعاوضة تنتج تملك البدل ، وعقود التبرعات تنتج تملك ما تم عليه التبرع . ولذا كان من الممكن جمع هاتين المجموعتين وإدماجهما في مجموعة واحدة يطلق عليها الفقهاء عقود التملك .

عقود التملك
المعاوضة والتبرع

(١) عرفنا من قبل الهبة والوصية والوقف وأما الإعارة فهي تملك المنفعة بلا عوض راجع

إلى ما سبق ص ٣٤٩ وما بعدها .

(٢) الكفالة : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، وقيل في الدين . وهي ضمان كفالة بالنفس

وكفالة بالمال : الهداية ج ٣ ص ٧٠ ، الجوهر ج ١ ص ٣٧٣ .

(٣) الحوالة : لغة النقل والتحويل وشرعاً : هي نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال

عليه على سبيل التوثيق به . وهي جائزة بالديون لا بالأعيان . راجع الهداية ج ٣ ص ٧٠ ، الجوهر ج ١ ص ٣٧٩ .

٣٩٧- عقود الإسقاطات : وسميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص حقه

— ٣ —

عقود
الإسقاطات

أو شيئاً منه ، وهذه قد تكون إسقاطات محضة ، كالطلاق المجرد ، والإعتاق المجرد وتسليم الشفعة ، والعفو عن القصاص من غير عوض من الجاني وما شابه ذلك من إسقاط الحق بدون مقابل وقد تكون الإسقاطات فيها معنى التبرع كالإبراء من الدين ، والوقف أيضاً فإن الواقف قد أسقط حقه في تملك الموقوف . وخرج الموقوف من ملكه لا إلى مالك من غير مقابل . وللفقهاء كلام كثير فيه وموضع دراسته في السنة الثالثة . وعلى كل فأصبح الوقف الآن في القطر المصري قاصراً على الخيرات ابتداء .

٣٩٨- عقود الاطرافات : وإنما سميت بذلك لما فيها من إطلاق يد الشخص

— ٤ —

عقود الإطلاقات

في شيء لم يكن له حق التصرف فيه قبل العقد ، وإنما كانت يده مقيدة . وكان نوعاً عن التصرف فيه ، ومن هذا عقد الإيصاء والوكالة ، والإمارة ، والقضاء لأن الوصي والوكيل والامير والقاضي قبل أن تثبت لهم هذه الصفة كانوا ممنوعين عن التصرف فيما أطلقت يدهم فيه بعد ثبوت هذه الصفة لهم . ومن هذا الإذن للصبي المميز بالتجارة ، وكذلك الطلاق والعتاق لأن المطلقة والرقيق قد أطلقت يدهما وأصبح لكل منهما الحرية فيما كان مقيداً فيه وإن كان في نفس الوقت يمكن اعتبارهما من عقود الإسقاطات كما تقدم .

٣٩٩- عقود التقييدات : سميت بذلك لما فيها من تقييد الشخص لغيره ومنعه

— ٥ —
عقود التقييدات

من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه وهذا كعزل الوكيل من الوكالة وعزل الوصي وناظر الوقف ومن ذلك الحجر على الصبي المميز الذي كان قد أذن له بالتجارة وكذلك الحجر على من أصابه عارض من عوارض الأهلية .

٤٠٠- عقود الشركات : وهي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل

— ٦ —
عقود الشركات

والربح وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود (١) وسميت بذلك لأن

فيها الاشتراك في نماء المال وأرباحه وذلك كعقود المزارعة والمساقاة والمضاربة

٤٠١ — عقود الضمانات : وتسمى عقود التوثيقات وهي عقود يطمئن بها الدائن على دينه ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه وهي كالرهن (١) والكفالة والحوالة فإن الدائن بهذا يؤكد حقه في استرداد دينه ويبعد عنه احتمال خطر الضياع .

٤٠٢ — عقود الاستحفاظ : وهي العقد الذي يحدث بين الشخص وغيره لمجرد إيداع شيء عنده وحفظه له أو التعاقد معه على السهر عليه وحراسته وتشمل عقد الوديعة (٢) وعقد الحراسة .

٤٠٣ — أقسام العقد باعتبار ظهور حكمه دفعة واحدة أو بالتألي :
ومع هذا فالعقود بطبيعتها تختلف من ناحية وجود أثر الحكم دفعة واحدة أو على دفعات متتالية مستمرة والواقع أن أغلب العقود يظهر فيها حكمها دفعة واحدة فمثلاً عقود تمليك الأعيان تنتقل ملكية البائع والمتبرع في محل العقد إلى المشتري أو الموهوب له بمجرد إتمام العقد أو عند التسليم دفعة واحدة فبعد أن كانت العين كلها ملكاً للبائع والواهب أصبحت كلها في لحظة واحدة مملوكة للمشتري والموهوب له وفي مقابل هذا تجد عقود تمليك المنافع كالاستصناع والمزارعة والمضاربة والمساقاة والعارية والإجارة وأمثالها فإن أثر العقد فيها والغرض الذي قصده العاقد منها لا يمكن أن يظهر ويتحقق دفعة واحدة إثر العقد وإنما هو يتجدد ساعة فساعة ولا بد لظهوره من وجود العنصر الزمني عضواً أساسياً في العقد فمنفعة المستأجر بسكنى الدار لمدة سنة لا يمكن أن يملك هذه المنفعة ويتحقق قصده من عقد الإجارة دفعة واحدة

(٢) الرهن لغة الحبس وشرعاً جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الراهن كالديون راجع كتابنا السابق ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٣) الوديعة : هي ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف بقصد الحفظ مع بقائها على ملك صاحبها . كتابنا المال والالتزام ص ٣٥٣ وما بعدها .

وإنما يتحقق هذا على التتالي مع مضي الزمن المذكور في العقد - ولقد تكلم
الفقهاء في هذا كثيرا وتناولوا الموضوع من جهة هل هذا الحكم والأثر
المستمر يوجد كله نتيجة عقد واحد أو أن العقد يتجدد من تلقاء نفسه ساعة
فساعة أو أن العقد يستمر ويرد عليه هذا الأثر المتجدد من تلقاء نفسه حتى
تنتهي مدة العقد . ثم تكلموا عن المدة وهل لا بد من تحديدها في العقد إلى
غير ذلك مما لا يتسع له دراستنا ووقتنا (١) .



(١) راجع المبسوط ج ١ ص ١٥٤ كتاب الإجارة وص ١٢٩ ، وابن عابدين ج ٥
ص ٣ وما بعدها ، وشكيلة فتح القدير ج ٧ ص ١٤٧ وما بعدها وص ٢٧٦ ، ج ٨ ص ٨
والغنى ج ٥ ص ٣٩٨ وما بعدها والبدائع ج ٤ ص ١٧٣ ثم راجع مع هذا رسالة
الدكتورة للأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة »

الفصل الثاني

أقسام العقد من ناحية وصفه

٤٠٤ - وصف العقد بالحل والحرم : العقد يوصف بأنه حرام وحلال وصفه بأنه حلال أو حرام وبأنه واجب ومكروه إلى غير ذلك مما يرجع إلى نية العاقد وقصده الحقيقي من التعاقد بما يتفق مع حكم الشارع أو يختلف ولا دخل لنا في دراستنا بهذا ، ويوصف بكونه صحيحاً وترتب عليه أثره أم غير صحيح ولا يترتب عليه أثره (١) وهو محل بحثنا .

٤٠٥ - وصف العقد بأنه صحيح وغير صحيح : لاشك في أن العقد - إذا توافرت فيه أركانه وشروطه - من أهلية المتعاقدين ، وسلامة الصيغة ، وقبول محل العقد لحكم الشرع ، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرج عنه مشروعيته - كان صحيحاً أما إذا لم يتوفر ذلك في العقد - بأن كان أحد العاقدين غير أهل أو محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد أو لخلل في أركانه ، كعقد المجنون والمعتوه والصبي غير المميز لفقدهم الأهلية وكبيع الميتة أو جعلها ثمناً لأنها ليست بمال مطلقاً فلا تصلح محلاً ولا ثمناً ، وكان يبيع المسلم خمرًا والثن نقداً لأن المبيع وهو محل العقد غير متقوم ولا يصح أن يقصد بالتملك (٢) وكبيع ، أو هبة شيء من المنافع العامة للمسجد والطريق ، أو ليس لخلل في أصله وإنما لوصف غير مشروع كأن يوجد العقد على صفة غير مشروعة كتأقيت البيع بمدة وكبيع المسلم سلعة ويتقاضى ثمنها خمرًا (٣) ،

(١) راجع في هذا الزيلعي ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها ، الفتح ج ٥ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) و (٣) البدائع ج ٥ ص ٣٠٥ إذا كان الخمر مبيعاً من المسلم كان العقد باطلاً إذا كان الثمن مما يثبت ديناً في الذمة نقداً لتعيين المقصود بالتملك ولا يصح أن يكون محل العقد غير متقوم . أما إذا كان التبايع بسلعة فالعقد فاسد عند الأحناف لأن الثمن يمكن أن يقصد بالتملك وبصير هو المقصود بالتملك . ولا مانع من اعتبار الخمر ثمناً لأن الأثمان يكفي فيها تحقيق المالبية

وكبيع المجهول جهالة تفضي إلى المنازعة والغرر — فالعقد غير صحيح في كل هذا فلا خلاف بين الفقهاء في أن العقد ينقسم إلى صحيح وغير صحيح .

الأول
العقد الصحيح

٤٠٦ — العقد الصحيح : هو ما صلح سببا ليرتب عليه حكم الشارع الذي

جعل له ، أو كما يقول الأحناف . . ما شرع بأصله ووصفه ، أى كان أصله صحيحاً وأركانه مستوفاة ولم يكن منهيّاً عنه لذاته أو لما اتصف به . والعقود كلها في ذلك سواء . لافرق بين عقود التمليك وعقود الإطلاق والتقييد وغيرها . لكن هل كل عقد صحيح يترتب عليه أثره وينفذ ظهور الحكم فيه ؟

١
نافذ

٤٠٧ — العقد النافذ : لاخلاف بين الفقهاء في أن العقد يكون نافذاً

ما دام صحيحاً صادراً بمن يملك إصداره ويترتب عليه أثره الشرعي لأنه قد استوفى جميع أركانه وشروطه ولم يتصل به ما يجعله غير مشروع ، أو منهيّاً عنه وصدير بمن له ولاية على إصداره ومتى كان العقد نافذاً لزم الوفاء به « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولأن العاقد ما أنشأ عقده إلا رغبة في الالتزام بأثره المترتب عليه ، غير أن العقود تختلف بطبيعتها في ذلك فوق ما تقتضيه حاجة المتعاقدين ومصلحتهم في بقاء العقد لازماً أو في فسخه والخروج من الالتزام فقسم الفقهاء العقد النافذ إلى لازم وغير لازم ويسميه غير الأحناف بالجائز .

النافذ لازم
وغير لازم

٤٠٨ — العقد الموزم : ما لا يستقل أحد طرفي العقد بفسخه لأنه لا يقبل الفسخ بطبيعته ، كالخلع والعتيق . فإن هذا العقد لا يمكن لطرفيه أو لأحدهما العدول عنه . إذ بالطلاق على مال خرجت المطلقة من عصمة زوجها ولا تحل له إلا بعد زواج جديد ، وأما العبد فباعثاق السيد له أصبح حراً ولا يعود للملك سيده حتى لو رضى هو بذلك . ومن هذا القبيل تسليم الشفيع في الشفعة بعد الإخبار الصحيح وكذلك عقد الزواج بالنسبة للزوج فإنه لا يقبل الفسخ لأنه لا يمكن رفع أثره وإن أمكن إنهاؤه بالطلاق^(١) أو لأنه يتوقف قبوله الفسخ على رضا طرفي العقد

(١) هذا النوع لا يدخله الخيار لأن طبيعة العقد لا تقبل الفسخ .

راجع في هذا الأموال ونظرية العقد وأحكام المعاملات فقد جاء فيها أن الزواج من القسم الذي يقبل الفسخ من جانب واحد لأن الفسخ مبنى على الرفع والإنهاء ولكن قال صاحب البدائع « وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تختمل الفسخ »

ب -
لازم يقبله
بالراضى

كعقود الإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة وغيرها إلا إذا اشترط أحد المتعاقدين لنفسه خيار الشرط فإنه يملك بالشرط فسخ العقد دون الآخر ومن هذا القبيل الهبة لأن الملك الثابت لا يحتمل العود إلا بقضاء أو رضا فكان فى معنى اللازم (١). وما لا يفسخ إلا برضاء طرفى العقد السلم والصرف (٢) مع ملاحظة ما قلناه من أن الشافعى والإمام أحمد يريان أن لكل واحد من المتعاقدين خيار المجلس فى عقود المعاوضات المالية ونحوها وأن الأحناف يرون خيار القبول.

٢ -
غير اللازم

غير لازم لها

غير لازم
لأحدهما فقط

٩٠٤ - عقد غير لازم : أو كما يسميه غير الأحناف بالعقد الجائز . وهو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين ، ولكل منهما أن يستبد بفسخه منفردا دون رأى الآخر أو موافقته . كعقد الوديعة والعارية والوكالة إلا إذا تعلق بها حق الغير ، وسائر عقود شركات الأملاك . فكل هذه العقود غير لازمة ولكل واحد من طرفى العقد حق الفسخ منفردا ، أو كان العقد لازما لأحدهما دون الآخر فلا يملك الأول الانفرد بفسخه ويملك ذلك الثانى كعقد الرهن والكفالة ، فإن المرتهن والمسكفول له كلاهما غير ملتزم ومن حقه أن يفسخ العقد من غير توقف على رضا الآخر . بينما يكون العقد لازما بالنسبة للراهن والكفيل ، ومن هذا القبيل عقد الطلاق الرجعى بالنسبة للطلق فإنه يملك إنهاء أثره بالرجعة بينما الزوجة والمطلقة رجعيا يكون العقد لازما بالنسبة لها (٣).

الموقوف صحيح
عند الأحناف

٩٠٥ - العقد الموقوف : هذا ما يراه الفقهاء فى العقد النافذ ولا خلاف بينهم فى شيء من ذلك . غير أن الأحناف ينظرون إلى العقد الصحيح من جهة

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٩٧ .

(٢) هذين العقدان لا يدخلهما خيار الشرط أيضا لأنهما من العقود الربوية .

(٣) والرجعة هى ارتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول فإن كان الزوج قد طلق زوجته طلقة واحدة أو طلقين بصريح اللفظ طلاقا مجردا فله مراجعتها ما دامت فى عدتها من غير أمرها . الهداية ج ٢ ص ٤

أخرى ويقررون فيه قسماً آخر لا يقرهم عليه الآخرون من الفقهاء . وهو أن العقد إذا صدر مستوفياً أركانه وشروطه وكان الذي يباشره رغم أهليته يفقد ولاية إصداره كعقد الفضولي ويصح الصبي المميز والسفيه ويسمون هذا بالعقد الموقوف فإنه وإن كان صحيحاً في نظرهم إلا أنه غير نافذ إذ يتوقف نفاذه على إجازة من له الولاية وبذا يكون العقد الصحيح عند الأحناف نافذاً إن صدر ممن يملك إصداره وموقوفاً إن صدر ممن هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه . إذ الولاية عندهم شرط في النفاذ لا في الانعقاد وقد سبق بيان ذلك في عقد الفضولي .

لكن غيرهم من الفقهاء يرون أن هذا النوع من العقود باطل لأن الولاية باطل عند غيرهم شرط في الانعقاد فلا ينعقد أصلاً إلا إذا كان للعاقِد ولاية إذ الولاية شرط في الانعقاد عندهم كما قلنا قبل ولا يرون العقد الصحيح إلا إذا كان نافذاً . وبذا ليس الصحيح عندهم إلا النافذ وكل ما عدا ذلك فهو غير صحيح .

٤١١ - العقد غير الصحيح : أما هذا النوع فإن الخلاف بين الفقهاء فيه قوى

الثاني -
غير الصحيح

في جدله ووضح في أثره . فقد ذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن غير الصحيح قسم واحد لا ينعقد به عقد ولا يترتب عليه أثره الشرعي لأي خلل في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد أو في أي وصف اتصل به يخرج عن مشروعيته أو بمعنى آخر سواء أكان الخلل في أصله أو في وصفه فعقد المجنون والصبي غير المميز والفضولي والصبي المميز كلها سواء . والتعاقد على الميتة كالتعاقد على شاة بثمان مؤجل لوقت الميسرة ، وجعل الخمر محلاً للعقد كجعله ثمناً لسلعة بالنسبة للمسلم إلى غير ذلك من العقود التي اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها فكلها لا تنعقد عندهم ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة .

جمهور الفقهاء

أما الأحناف : فيفرقون بين ما إذا كان عدم صحة العقد ناشئاً لسبب في

الأحناف

أصله ، العاقد والمحل وكون الصيغة قطعية الدلالة ، يخرجها من مشروعيتها كبيع المجنون والمباح وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحاً لكن لحقه وصف

يقسمون غير
الصحيح إلى
قسمين

ينهى عنه الشارع ويخرجه عن مشروعيته . كالبيع بشئ مؤجل إلى وقت
الميسرة . ويسمون الأول عقدا باطلا والثاني عقدا فاسدا .

— ١ —
باطل

٤١٢ — العقد الباطل عند الأحناف وهكم : هو ما لم يشرع بأصله
ولا بوصفه . أى يكون العقد ليس له وجود ولا انعقاد لأن العاقد غير أهل
للتعاقد كالمجنون والصبي غير المميز ، أو لأن محل العقد لا يصح التعاقد عليه
ولا يقبل حكم العقد شرعا كبيع الميتة ، وزواج المحرم أو المعتدة (١) وكبيع
المسلم خمرًا أو خنزيرًا ، وكبيع المنافع العامة والمباح إلى غير ذلك مما لا يعتبره
الشارع موجودا أصلا لانعدام أركانه أو محله أو انتفاء معناه ولا عبرة
بوجود صورة للعقد في الخارج بين المتعاقدين إذ العبرة بالوجود المعتبر شرعا
الذى يترتب عليه الحكم وفي هذا يقول صاحب كتاب البدائع (٢) : البيع
الباطل كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد . ولا حكم لهذا البيع أصلا
لأن الحكم للوجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة ،

— ٢ —
فاسد

٤١٣ — العقد الفاسد : أما إذا كان العقد قد وجدت أركانه ومحله وتحقق
معناه ووجد القصد إليه لكن اتصل بالعقد وصف منهى عنه شرعا ويخرج
العقد عن مشروعيته كأن يصف البيع بالتأقيت أو أن يكون الثمن مالا غير
مستقوما شرعا أو يكون الثمن مجهولا جهالة فاحشة أو كان العقد يفضي إلى
الغرر فإنه يسمى عندهم عقدا فاسدا لا باطلا ويعرفون العقد الفاسد بأنه
ما شرع بأصله دون وصفه . أما أنه شرع بأصله فلأن شروط الانعقاد كلها
صحيحة مستوفاة فهي مطابقة لما يتطلبه الشارع في العقد ولذا كان للعقد وجود
معتبر شرعا ما دام قد وجد بأصوله المشروعة ، ولكن لما اتصل به أمر أو
وصف غير مشروع يجعل العقد منهيًا عنه شرعا . فهو في الواقع يشبه العقد
الصحيح من ناحية مشروعية أصله وسلامته ، ويشبه الباطل من ناحية تعلق

(١) هي المطلقة من زوجها ولم تخرج من عدته للتأكد من خلو الرحم من حمل له .

(٢) ج ٥ ص ٣٠٥ . وفي الهداية أن البيع يباع باطلا لو تم قبضه فهلك قيل هو أمانة فلا
يضمنه وقيل يضمن .

نهى الشارع عنه لما اتصف به ، ولهذين الشبهين كان بين الوصفين وصف الصحة ووصف البطلان فوصفه الأحناف بالفساد .

٤١٤ — حكم العقد الفاسد : إنه وإن كان منعقدا وله وجود إلا أن الشارع لا يقره ونهى عنه وألزم بفسخه إلا إذا حدث (١) في محل العقد ما يمتنع معه الفسخ كأن يكون عقد بيع وتصرف المشتري في المبيع ، بالبيع ، أو بالتغير فيه بالزيادة أو النقصان أو لفوات المحل كأن يكون المبيع ذاراً فهدمها أو شاة فذبحها أو دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو ورقاً فطبع عليه ، أو خشباً فصنعه إلى غير ذلك من الأمثلة . وهنا بعد أن امتنع الفسخ واستحال الرد يلزم المشتري مثله أو قيمته لا الثمن . وفي إبقاء الشارع له عند استحالة الفسخ إقرار له فهو إذاً موجود أصلاً في نظر الشارع لكنه لم يرتب عليه أحكاماً بل رتبها على تنفيذ العاقدین للعقد مخالفين أمر الشارع . فالعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضاء صاحبه والمبيع مضمون على القابض إذا هلك في يده بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

غير أن الأحناف ، وإن فرقوا بين الباطل والفساد في العقود ورتبوا لكل عقد حكمه إلا أنهم في عقد النكاح لا يفرقون بين فساد النكاح وباطله في الحكم لتحقيق نهى الشارع عن الباطل والفساد والزواج فيه ناحية تعبدية ، والعبادات ليس فيها حكم للفساد وحكم للباطل بل فيها يرتفع الفساد إلى درجة البطلان وعلى هذا ففساد النكاح كباطله سواء وفي الواقع نجد كتب الفقه الحنفي لا تفرق بين معنى فاسد وباطل في عقود النكاح فمثلاً يقول صاحب البدائع (٢) ، «النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة» ، «النكاح الفاسد لا يفيد الحل ، ويقول صاحب

لا فرق بين
الفساد والباطل
في عقد النكاح
اتفاقاً

(١) البدائع ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) ج ٢ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ .

الفتح (١) ما يفيد أنه لا فرق بين الفاسد والباطل في النكاح بخلاف البيع .

منشأ خلاف
الفقهاء في العقد
الفساد

٤١٥ - منشأ الخلاف بين الأحناف وغيرهم : بقى أن نشير إلى منشأ

دليل الجمهور

الخلاف بين الفقهاء الذي دفع الأحناف إلى أن يوجدوا قسماً في العقود يسمى فاسداً ويعتبرونه منعقداً مع أن غيرهم لا يعتبرون لهذا العقد وجوداً ألبته : فإن الفساد والبطلان إنما يكون منشأه نهى الشارع عن العقد لخروج العقد عن مشروعيته فغير الأحناف يرون أن هذا النهى يقتضى عدم وجود العقد شرعاً ، فإذا خالف شخص أمر الشارع وأقدم على عقد منهى عنه فلا اعتداد بفعله ولا أثر لمبارته ولا يكون للعقد وجود في نظر الشارع فوق كون الشخص إنما يستحق العقاب ، وهم لا ينظرون إلى سبب النهى هل هو لخلل في أصل العقد أو لوصف ملازم له أو طارئ عليه لافرق عندهم بين شيء من ذلك . إذ نهى الشارع عنه قد تحقق والنهى واحد في الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه والأحناف أنفسهم لا يرتبون أثراً على ماسمونه فاسداً ، وإنما يرتبون الحكم على تنفيذ العاقد آثماً للعقد لاستحالة فسخه ويستدل غير الأحناف بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد ، أما الأحناف : فإنهم ينظرون إلى السبب الذي من أجله كان النهى فإن كان السبب يرجع إلى أصل العقد فينعدم وجوده في نظر الشارع لانعدام جزء مما يتكون منه العقد ومادام العقد لم ينعقد فهو لم يوجد وإذا وجد في الصورة يكون وجوداً باطلاً في نظر الشارع ، وأما إذا كان النهى لسبب وصف لحق بالعقد ولازمه فإنه يكون منعقداً لسلامة ما يتم الانعقاد به ويقع عليه من تحريم الشارع إلا أنه يفسد فلا يترتب عليه أثره الشرعى رغم وجوده لنهى الشارع عن الوصف الذي لازمته . ويستدلون على وجوده بأنه إذا رفع الوصف الذي اقتضى النهى

دليل الأحناف

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٢ ، راجع في هذا أيضا الزيلعي ج ٢ ص ١١٣ حيث يعبر

عن النكاح بالفساد والبطلان من غير تغير في الحكم .

والفساد صح العقد وترتب عليه أثره فإذا تبين موعد دفع الثمن مثلاً أو ارتفع الشرط - كمن باع بشرط أن يسترد المبيع بعد سنة عند إعادة الثمن مع ارتفاع المشتري بالمبيع - (١) أصبح صحيحاً لازماً وفي هذا دليل وجوده منعقداً ومن ناحية أخرى فإنهم يرون أن النهي عن العقود لا يستلزم دائماً البطلان وكثيراً ما يرد النهي ولا قائل بارتفاع العقد وبطلانه. وإنما بالاتفاق يكون المقصود بالنهي كراهة الفعل وإثم العاقد فقط كالبيع وقت صلاة الجمعة فقد نهى عنه الشارع «يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع»، وفي هذا أمر من الشارع بترك البيع وقتها ولا قائل بأن في المخالفة بطلان للعقد وإنما هي الكراهة فقط لأن النهي ليس لشيء في نفس العقد ولا لو صف فيه هو ملازم له ولكنه في شيء آخر وهو الوقت، ومنها النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، ومنها نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له (٢) وقد ساق صاحب الهداية على ذلك الكثير من الأمثلة ثم يقول «وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفيد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة، ومنها كما يقول صاحب البدائع (الاحتكار) والغش وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه، ولكن ليسمع غيره فيزيده في ثمنه، وأنه مكروه لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم، ولأنه احتيال للإضرار والمثل كثيرة في كتب الفقه فارجع إليها (٣).

قد يقتضى النهي الكراهية



(١) وهو ما يسمى في القانون بالبيع الوفاؤى .

(٢) وفي رواية حتى يتناع أو ينذر . الزيلعي ج ٤ ص ٦٧ ، المبسوط للسرخسي ج ١٥

س ٧٥ ، ٧٦

(٣) الهداية ج ٣ ص ٤٣ ، ٤٤ ، الفتح ج ٥ ص ٢٣٩ إلى ٢٤٥ ، البدائع ج ٥ ص ٢٢٣

الزيلعي ج ٤ ص ٦٧ إلى ص ٦٩ ، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٣ وما بعدها ، ص ٢١٩ وما بعدها .

الفصل الثالث

أقسام العقد من ناحية

زمن ^(١) اتصال أثر العقد بصيغته

زمن اتصال
الحكم بصيغة
العقد

٤١٦ - صيغة العقد وأثرها في وقت ظهور الحكم : صيغة العقد هي المظهرة لإرادة العاقد ، والكاشفة لرغبته في الوصول إلى العقد باعتباره سببا في الأثر الذي رتبته الشارع وطريقا للوصول إليه . وهذه الصيغة وإن دلت على إرادة العاقد في الوصول إلى حكم العقد ، فإنها أيضاً تدل على الزمن الذي يرغب ظهور الحكم فيه هل يكون متصلا بزمن الصيغة أم يكون في وقت آخر يحدده في صيغته ويضيف طلبه للحكم إليه ، وقد تدل هذه الصيغة على إرادة الحكم في الزمن الذي يوجد فيه شيء آخر يعلق على وجوده وجود العقد وحكمه

طبيعة العقد ورغبة
العاقد في وقت
ظهور الحكم

٤١٧ - طبيعة العقد وأثرها في تحديد وقت ظهور الحكم : وإن كانت صيغة العقد هي التي تحدد زمن ظهور الحكم ، فإن العقود تختلف في طبيعتها . فمنها ما يظهر أثرها ويترتب عليها الحكم الذي جعلها الشارع سببا فيه بمجرد تمام الصيغة مع تمام التقابض أو من غير حاجة إلى ذلك فلا تقبل التعليق على اشتراط حدوث شيء غير موجود وقت التعاقد ، ولا تقبل إرجاء حكمها إلى زمن آخر بعد أم قرب كالزواج والبيع والهبة والقرض والرهن ومن العقود ما طبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا في زمن مستقبل كالوصية فإن عقد الوصية لا يمكن بحال أن يظهر أثره في الحال ولا بد لظهور حكمه أن يكون في زمن عقب وفاة الموصي وسيان في ذلك أن تكون الصيغة قد نص فيها

(١) الزمن الذي تقصده هنا هو لحظة ظهور أثر العقد واتصاله بالصيغة . وهذا بخلاف الزمن الذي هو عنصر في العقد نفسه كالإجارة لمدة شهر أو سنة .

على ذلك أم لم ينص . إذ العقد بطبيعته لا يكون إلا مضافاً إلى ما بعد الموت . ومن العقود ما هو مرن بطبيعته يقبل تكييف العاقد له ويتأثر بما يضيفه العاقد في صيغته فقد يتصل الحكم به بمجرد تمام الصيغة ، وقد يفصل الحكم عن الصيغة بمجرد الفاصل الزمني أو يكون معلقاً على تحقق شيء آخر غير موجود وقت التعاقد وذلك كعقد الإجارة فإنه يصح أن يبدأ من وقت التعاقد كما يصح أن يبدأ من وقت معين بعد ذلك وكعقد الطلاق فإنه يصح أن تنتهي الزوجية في الحال وأن يكون ذلك في زمن معين في المستقبل أو معلقاً حدوثه على حدوث شيء آخر يرتبط وجوده بوجوده .

فإنه قد لا منجز أو مضاف أو معلق

٤١٨ — تقسيم الفقهاء للعقد من ناحية زمن اتصال الحكم به :

وبناء على ما تقدم من مرونة بعض العقود وخضوعها لصيغة العاقد الكاشفة عن إرادته في وقت طلبه حكم العقد . قسم الفقهاء العقد من ناحية اتصال حكمه به وزمن هذا الاتصال إلى منجز إن ترتب عليه أثره في الحال ، وغير منجز إذا لم يترتب عليه أثره في الحال لأن الحكم قد أضيف إلى زمن مستقبل أو لأن العقد علق وجوده على وجود شيء آخر . وبهذا تكون الأقسام ثلاثة : (١) منجز (٢) مضاف (٣) معلق .

٤١٩ — العقد المنجز : ما انعقد بصيغة تفيد وجود العقد ووجود

حكمه في الحال سواء أكانت الصيغة وحدها تكفي لانعقاده ووجود حكمه كالبيع والزواج والإجارة ، أم كان لا بد مع الصيغة من القبض كما في عقد الصرف والسلم ، وكما في عقود التبرعات كالهبة والصدقة والقرض والرهن (١)

— ١ —
المنجز يتصل حكمه بصيغته فوراً

(١) أما الصرف والسلم فلائهما من العقود الربوية . اشترطوا في الصرف قبض العوضين ، وفي السلم قبض العاجل في المجلس ، وأما الهبة والصدقة والعارية ، وما في حكم ذلك فإنها عقود غير لازمة على الوجه السابق بيانه وهي وإن كانت صحيحة إلا أن نفاذها والإلزام بها لا يتم إلا بالقبض . وإلا لو تمت من غير قبض لكان لازماً لا يلتزم ، ولذا كان القبض فيها يعتبر قبولاً ويفني عنه . أما الرهن وإن كان لازماً بالنسبة للراهن إلا أن الفقهاء اشترطوا تمام القبض لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » لكن المالكية يرون أن هذه العقود لازمة بمجرد تمام الصيغة ويصح المطالبة بها جميعها . لكن الرهن وإن كان لازماً في نظرم وله حق المطالبة به إلا أنهم =

فما دام العقد تترتب آثاره عليه في الحال. فإنه يكون منجزاً ويستوى في ذلك أن يكون العقد مطلقاً من أي قيد كأن تقول لآخر بعثك داري هذه بألف جنيه فيقول الآخر قبلت ، أو كان العقد قد دخل عليه شرط لا يؤثر في صحته ويكون العقد مقيداً به ، كأن يقول شخص لآخر اشتريت منك هذه الدار بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة أو منجزة . فيقول الآخر قبلت أو أن يشترط البائع أن يكون الثمن حالا ، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها وأن يشترط الزوج على الزوجة أن تطيعه في الشئون الزوجية . ويستوى في ذلك أن يكون العقد مؤبداً كأن تقول جعلت داري هذه صدقة موقوفة على الفقراء أبداً أم يكون العقد مؤقتاً كأن تقول أجرتك داري هذه لمدة سنة من الآن بكذا إلى غير ذلك مما ذكر من قبل عند الكلام عن الشروط المحترنة بالعقد ؟ أم لا ؟

٤٢٠ — الأصل في العقود التخيير : لأن العاقد لا يقصد العقد إلا رغبة في أثره ، فالعقود كلها الأصل فيها أن تكون منجزة إلا عقد الوصية والإيصاء فإنهما بطبيعتهما لا يكونان إلا مضافين إلى ما بعد وفاة الموصي لاحظ الموصي ذلك في إضافته أو أغفله فإن حكمهما لا يظهر ولا يتصل بالصيغة إلا بعد موت الموصي مصرأ على وصيته ولكن العقد المنجز حكمه يتصل بالصيغة إثر تمامها من غير فاصل زمني بينهما .

٤٢١ — العقد المضاف : ما أفادت صيغته وجود العقد في الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل ، ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا في الزمن الذي أضيف إليه مستقبلاً . وعليه لا يكون العقد رغم وجوده مفضياً إلى حكمه إلا وقت حلول الزمن المضاف إليه كأن تستأجر مسكناً أو أرضاً

المضاف يوجد العقد ويرجأ الحكم لزمن معين

— يرون أن المرتهن ليس له امتياز على العين المرهونة . وقد تكلم الفقهاء كثيراً في هذا وفيما يتم به القبض فارجع إلى كتبهم في باب الهبة ، والرجوع فيها ، والعارية والوديعة ، والرهن والسلم ، والصرف فإن فيها التفصيل الوافي .

زراعية وتضيف العقد إلى أول الشهر أو أول العام الزراعي ويكون التعاقد قبل ذلك الموعد . ومثله أن يتعاقد صاحب مصنع مع صانع على أن يعمل في مصنعه بأجر هو كذا اعتباراً من أول الأسبوع مثلاً ، وكذا بالنسبة لصاحب المزرعة مع المزارع وغير ذلك فتجد أن العقد انعقد ووجد فعلاً باعتبارها شيئاً في الحال لملك المستأجر مثلاً المنفعة في مدة العقد والمؤجر الأجر غاية الأمر أن صيغته دلت على أن العاقد لا يريد الحكم في الحال ولكن في الزمن الذي أضاف إليه العقد فلا يملك المستأجر بناء على هذا أن ينتفع بمحل العقد قبل الزمن الذي أضيف إليه الانتفاع ولا المؤجر أن ينتفع بالأجر قبل ظهور الحكم وإذا انتفع فلا يكون ذلك بمقتضى العقد ، وإنما يكون الآخر متبرعاً بالتعجيل (١) فالعقد المضاف يكون مطلقاً من القيود والشروط كأن تستأجر مسكناً يوم عشرين في الشهر اعتباراً من أول الشهر القادم مدة كذا أو أن تقيدها بشرط لا يتنافى مع ما يقتضيه العقد . فتقول أجرتك فدانا ، اعتباراً من أول أكتوبر سنة كذا على أن تدفع الإيجار عند بدء العقد أو بشرط أن تدفع الإيجار مؤخراً أو تكون الدار للسكنى أو تؤجره الأرض وقت كذا الزراعتها بشرط عدم الغراس أو البناء أو بشرط عدم زراعة كذا بما أجاز العرف اشتراطه .

المضاف يكون مطلقاً ومقيداً

٤٢٢ - العقد المضاف والموقوف : وإن كان عند الأحناف العقد المضاف يشبه العقد الموقوف على الإجازة من ناحية انعقاد العقد ووجوده مع تخلف ظهور الحكم فيه إلى زمن آخر وانفصال الحكم عن الصيغة . إلا أنه يختلف عنه من ناحيتين فعدم اتصال الحكم بالصيغة في العقد المضاف إنما نشأ من الصيغة نفسها لكنه في الموقوف تخلف الحكم لأمر خارج عن الصيغة وهو إجازة من له الولاية ولأن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق فيه الحكم قبل الزمن الذي أضيف إليه بينما في الموقوف تكون الإجازة اللاحقة

اختلاف العقد المضاف عن الموقوف

(١) فاشترط المؤجر أو الصانع تعجيل الأجر قبل الزمن الذي أضيف إليه العقد يناقض العقد نفسه إذ الإضافة تقتضى تأخر ظهور الحكم ، وتلك الأجر أو المنفعة مترتب على ظهور الحكم .

كالإذن السابق ويكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد العقد إلا في العقود التي تقبل التعليق كالطلاق والعقار وقد سبق بيانه .

١ — عقود مضافة بطبيعتها — ٤٢٣ — العقود التي لا تكون إلا مضافة : من العقود ما لا يكون إلا مضافاً إذ طبيعته تقتضي ذلك وهو عقدا الوصية والإيصاء فإنهما لا يظهر حكمهما إلا بعد وفاة الموصى سواء ظهرت الإضافة في الصيغة أم لا . ومع هذا فإنه يصح فيها التعليق وعدمه .

٢ — لا تقبل الإضافة — ٤٢٤ — عقود لا تقبل الإضافة : ومنها ما لا تقبل الإضافة وهي العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال كالبيع والهبة ، والإبراء من الدين والشركة والزواج والرجعة ، لأن الأصل في العقود أن يتصل الحكم بالصيغة وهذه عقود يمكن نفاذها في الحال وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعدة : كل ما أمكن تملكه في الحال لا يصح تعليقه على شرط ، ولا أضافته إلى زمن مستقبل إلا عقدي الوصية والإيصاء . فإمكان تملكه في الحال لو أضيف إلى زمن مستقبل يتنافى مع ما جعله الشارع له من إفادته الأثر في الحال .

٣ — عقود تقبل الإضافة — ٤٢٥ — عقود مرتة تقبل الإضافة وعدمها : ومنها عقود مرتة تصح أن تكون منجزة كما تصح مع الإضافة إلى المستقبل حسب صيغة المتعاقد ورغبته كعقود تملك المنافع المالية مثل الإجارة والمزارعة والاستصناع لأنها وإن كانت تفيد التملك حقا إلا أن هذا التملك لا يكون دفعة واحدة كما في البيع ، وإنما هو يتجدد ساعة فساعة فالزمن عنصر أساسي في العقد فناسب طبيعتها أن تقبل الإضافة لأن التملك فيها يستحيل أن يمكن جميعه في الحال (١) . وما يقبل الإضافة والتنجيز الكفالة والحوالة من عقود الالتزام لأن طبيعتها

(١) راجع في هذا كتاب ابن عابدين ج ٥ كتاب الإجارة ص ٣ و ٤ ، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٤٧ ، ص ١٤٨ ، ص ١٧٦ ، المبسوط ج ١٥ كتاب الإجارة ص ٧٠ وما بعدها ، ص ١٠٤ ، ص ١٢٩ إجارة الدور والبيوت .

أنها لا تفيد أثرها في الحال فقد لا يدفع الكفيل لوفاء الدين وقيام المدين بما هو ملتزم به ، وقد يدفع الكفيل بعد مدة . فيصح أن تقول إذا لم يدفع لك فلان ما عليه إلى أول الشهر فأنا به كفيل ، ومن هذا القسم عقود الاطلاقات أيضا — عدا الإيصاء — كالوكالة والقضاء ، وكذا عقود الاستقانات كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه .

٢٦٦ — العقد المعلق : مادلت صيغته على تعليق وجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط « إن . وإذا الخ » ، كأن يقول شخص إن نجحت في امتحان هذا العام لاتصدقن بمبلغ كذا على الفقراء فإنه علق حصول التصديق على حصول النجاح فلا يكون ملتزما ديانة إلا إذا نجح ، أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا كفيل فإنك قد علمت كفالتك على وجود شيء آخر . فالتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بمحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط . ففي الحقيقة أن الالتزام يشتمل على جملتين فعل الشرط « المعلق عليه » ، وجواب الشرط « المعلق » ، ولا وجود للمعلق إلا بوجود المعلق عليه فعلا (١) .

٢٦٧ — التعليق على مستحيل : فإذا كان المعلق عليه مستحيلا الوجود كأن تقول لشخص إن شربت ماء النيل كله فأنا كفيل عنك في دينك أو إن تكلم الجبل أضمن لك الدين الذي على فلان ، أو إن دخل الجمل في سم الخياط

(١) وبذا تجد أن الأحكام بالنسبة لانصافها بالعقود أربعة أقسام « — ١ — الاقتصار وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب في الحال فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصرا عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلا — ٢ — الانقلاب . وهو صيرورة ما ليس بعلة كالتعليق فتلا قول الرجل لامرأته أنت طالق علة لثبوت حكم الطلاق لكن إذا علقه على خروجها إلى جهة معينة لا يعتبر قوله أنت طالق علة لظهور الحكم الا عند وجود الشرط المعلق عليه الذي هو خروجها إلى هذه الجهة فينقلب ما ليس بعلة علة ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج — ٣ — التبيين . وهو أن يظهر في الحال تقدم الحكم وهذا كالتعليق على شيء ظهر أنه حدث من قبل أن كان أخى مدينا لك فعلا فأنا كفيل — ٤ — الاستناد وهو أن يكون للحكم أثر رجعي رغم ثبوته في الحال مثل حكم عقد الفضولي وعقد الصبي المميز بعد إجازتهما من يملك الاجازة ومثل حكم العقد الذي اتصل به خيار الشرط بعد البت في الخيار .

٣ — المعلق

٥ — التعليق على مستحيل لا يتم معه العقد

أسقطت حتى في الشفعة . فلا ينعقد بذلك عقد مطلقا ويكون قصد المتكلم إظهار استحالة المعلق .

- ٢ -

التعليق على
ما حدث أو
على المشيئة
يكون تنجيذا

٤٢٨ - التعليق على شيء يظهر حدوثه من قبل : أما إذا كان المعلق عليه قد حدث فعلا عند التعليق أو قبله كان العقد منجزا والتعليق صوريا كأن تقول لآخر إن نجحت في الامتحان فأنت وكيل عني في كذا وتكون النتيجة ظهرت فعلا ونجحت ، أو تقول إن كان أخى مدينا لك يكذا فأنا كفيل ثم يظهر أنه مدين فعلا من قبل أو أن يقول رجل لامرأته إن كنت قد ذهبت اليوم إلى جهة كذا فأنت طالق أو أن يقول شخص لآخر بعثك هذه الدار بألف جنيه إن شئت . لأن العقد في الأمثلة الأولى التعليق فيه صوري وفي المثال الأخير العقد نفسه لا يتم إلا بالقبول وهو نفسه إظهار لمشيئته .

- ٣ -

التعليق على
ما يحتمل الحصول
مستقبلا يكون
العقد معلقا

٤٢٩ - التعليق على ما لم يحدث ويحتمل الحدوث مستقبلا : لا يكون التعليق حقيقيا إلا إذا كان المعلق عليه لم يحدث فعلا وكان واجب الحصول أو جائزه وهذا هو الأصل في التعليق كأن تقول لآخر إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عني في شراء كذا ، أو إن أقرضت فلانا عشرة جنيهات فأنا بها كفيل ، أو إن قال لامرأته إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، فإن هذه العقود معلقة على شروق الشمس وعلى الإقراض وعلى الخروج فإذا حدث شيء من ذلك وجد المعلق وتحقق العقد وظهر أثره . ومع هذا فالعقد المعلق أيضا يصح أن يكون مطلقا من القيود والشروط كما تقدم ويصح أن يكون مقيدا بشرط كأن تقول لآخر إن أقرضت فلانا عشرة جنيهات فأنا بها كفيل بشرط أن يكون ذلك في مدى أسبوع أو بشروط أن يكون ذلك أمام أخيه .

- ٤ -

يقبل التعليق
على أي شرط

٤٣٠ - عقود تقبل التعليق على أي شرط : من العقود ما يصح تعليقه على أي شرط ملائما كان أو غير ملائم لانتفاء الغرر ، أو لأنها غير ملزمة ، أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك مثل النذر كأن تقول لله على نذر إن نجحت في امتحان هذا العام لأصدقن بكذا على الفقراء ، وكالوكالة فتقول . إن سافرت فأنت وكيل عني ، وكالوصية إن مت فلك ثلث مالي وصية ، والإيصاء إن مت فأنت

وصى على أولادى ، والطلاق كأن يقول لامرأته إن خرجت فأنت طالق ،
وتسليم الشفيع فى حق الشفعة . إن كان ثمن المبيع ألفا فقد أسلفت فى الشفعة .

٤٣١ - عقود قبل التعليق على شرط مبرم : ومن العقود ما لا يصح
تعليقها على مطلق شرط بل على الشرط الذى يتناسب مع مقتضى العقد شرعا
أو عرفا بأن كان أساسا لوجود العقد نفسه أو كان سببا لثبوت الحق وذلك
فى عقود الالتزامات التى يكون متبرعا بها غير ملزم عند إنشائها وهى تشمل :
الكفالة والحوالة والإذن للصي بالتجارة فيصح أن يقول إن أقرضت فلانا
كذا فأنا كفيل ويصح أن يقول البائع للمشتري إن استحق أحد المبيع فأنا
كفيل بالثمن ، ويصح أن يقول شخص لآخر إن لم يدفع المدين لك ما عليه
من دين غدا فأنا قابل للحوالة على به ، ويصح أن يقول الوصى للصي المميز
إن أظهرت حسن تصرف وخبرة فى الأعمال فقد أذنت لك فى التجارة .
أما التعليق على ما لا يتلائم مع طبيعة العقد فلا يصح ولا تتم معه هذه العقود
إذ الأصل فى العقود الرضا وهو لا يتحقق إلا مع الجزم وقد أصبح التعليق
مع الشرط الملائم لأن طبيعة العقد تقتضيه .

- ٢ -
يقبل التعليق على
الشرط الملائم

٤٣٢ - عقود لا تقبل التعليق مطلقا من العقود ما لا يقبل التعليق بطبيعته (١)
فإذا علققت فسد العقد وهى عقود التملك مطلقا وما أشبه التملك من الاستقانات
كالوقف ، وعقود التفسيكات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على البصير المأذون
له بالتجارة . فلا يصح العقد إن قال شخص لآخر بعثك دارى هذه إن باعك
فلان داره ، أو أجرتك دارى إن نقلت إلى بلدة أخرى ، أو تزوجتك إن
قبل أبى ، أو وهبتك هذه السيارة أو هذا الكتاب إن نجحت فى الامتحان
أو تقول للبدان رهنك هذه الدار إن اشتريت دارا أخرى ، أو تقول لآخر
إن بعث لى أرضك هذه وقفها على جهة كذا ، أو يقول شخص لمطلقة إن
تزوج أخى ، فقد راجعتك إلى عصمتى ، أو أن يقول شخص لوكيله إذا حضر
فلان فأنت معزول من وكالتى إلى غير ذلك فإنه لا يصح مع التعليق أى عقد

- ٢٥ -
لا يقبل التعليق

(١) إلا ما كان يقبل خيار الشرط كالباع والإجارة فإن التعليق يصح به لأن الشرع قد ورد به

من هذه العقود . ولا يتم معها بيع أو إجارة أو زواج أو هبة أو رهن أو وقف أو رجعة أو عزل أو ما يكون من هذا القبيل .

هذا في الأصل

٤٣٣ - تعليق الأحناف لما قالوه في تعليق العقود وعدمه والرأي في ذلك :
تعليق الأحناف
لرأيهم في التعليق

مكنا يقول الأحناف ويعلمون ذلك بأن الأصل في العقود أن يترتب أثرها عليها ، وإن في تعليق العقد معنى المقامرة إذ العقد مع التعليق يحتمل الوجود والعدم ، وعلى افتراض وجوده عند تحقق الشرط قد تكون رغبته في العقد قد زالت (١) . ! ! ولكن لم هذا التعليق بالنسبة لهذه العقود دون غيرها ؟ ولعل هذا التعليق غير مسلم به لهم أما بالنسبة لعقود التبرعات فإن مالكا رضي الله عنه قد أجاز تعليقها ولا ضرر من ذلك فما الغرر والمقامرة التي تنتج من أن أهب لآخر شيئا إن نجحت في الامتحان ، وما الضرر الناتج من أن أعيرك كتابي إن جاني كتاب آخر . ثم لم هذا المنع في غير عقود الزواج والخلع (٢) أما كان الأفضل أن تترك الناس وما يشترطون مادام الشرط ملائما لطبيعة العقد . وعلى كل فال موضوع برمته محل نظر .

٤٣٤ - الفرق بين المعلق والمضاف : هذا وإن كنا قد بينا من قبل أن الفرق بين المضاف والمعلق

العقود مع الإضافة إنما تنعقد وتوجد فعلا باعتبار أنها سبب رتب الشارع عليه حكما وأثرا . غير أن الحكم هو الذي يتأخر ظهوره حتى يحين الوقت الذي أضيف إليه ولا خلاف في هذا . أما العقود التي تقبل التعليق فإن الفقهاء يختلفون فيها : هل توجد منعقدة والحكم هو الذي يتخلف إلى وجود المعلق عليه أو لا تنعقد إلا عند وجود المعلق عليه فلا وجود للعقد ولا للحكم .

(١) راجع في كل ما تقدم رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٥ إلى ص ٢٥٨ .

(٢) أما عقدى الزواج والحلم فسلامة الأسرة تقتضى أن يكون العقد فيها جازما قاطعا .

٤٣٥ - رأى الشافعية ومن معهم : الشافعية وإن وافقوا الأحناف في كثير منها إلا أنهم لا يفرقون بين المعلق ، والمضاف إلى زمن مستقبل في أن العقد يكون منعقدا وموجودا باعتباره سببا في الحكم ، والحكم فقط هو الذي يتخلف عن الصيغة حتى يتحقق ما علق عليه ، أو يأتي الزمن الذي أضيف إليه . ويعلمون لذلك بأنه إذا صدر من هو أهل للتعاقد عقد معلق ، ثم قبل تحقق المعلق عليه خرج التعاقد من أهليته وبعد ذلك وجد المعلق عليه . فإن الحكم لا محالة ظاهر والعقد يتم . فإذا قال رجل لامرأته إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق ثم خرج الرجل عن أهليته ، وذهبت هي بعد ذلك إلى المكان المعلق عليه الطلاق . فالطلاق واقع ، وهذا يدل على أن العقد كان قائما موجودا باعتباره سببا ترتب الشارع الحكيم عليه من وقت وجود الصيغة ، وإلا لما وقع الطلاق لأن التعاقد غير أهل للتعاقد . وبهذا يكون المعلق والمضاف كلاهما يعتبر سببا في الحال .

الشافعية يرى
العقد منعقدا
فيهما

٤٣٦ - الأحناف والمالكية : لكن الأحناف والمالكية يفرقون بين العقد المضاف والمعلق ويرون أنه منعقد مع الإضافة إلى المستقبل لأن الإضافة دخلت على الحكم لا على السبب أما في المعلق فإن انعقاده باعتباره سببا في الحكم لا يتم إلا مع وجود المعلق عليه واتصال أثره به فورا لأن العقد نفسه قد تعلق وجوده كسبب في ترتب الحكم عليه على وجود المعلق عليه ويحاولون إبطال وجهة نظر الفريق الآخر بقولهم إن المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد فكيف يقال إن العقد وجد فعلا وانعقد ، وأن الحكم فقط هو الذي يتخلف حتى يتحقق المعلق عليه مع أنه قد لا يوجد ؟ فهل يبقى العقد باعتباره سببا في الحكم قائما إلى ما لا نهاية أم يبطل العقد ؟ . وما الذي يبطله بعد أن وجد واعتبر سببا ، هل عدم وجود المعلق عليه ، وهل المعدوم يبطل الموجود ؟ وفرع الأحناف على تفرقتهم أن الرجل لو حلف أنه لا يطلق

الأحناف
والمالكية يرون
العقد المعلق
يوجد مع الحكم

زوجته ثم قال لها بعد أنت طالق غدا فإنه يحنث في يمينه لاحالة أما إن علق طلاقها على شيء آخر لا يحنث في يمينه إلا إذا حدث المعلق عليه ووقع الطلاق وما ذلك إلا لأن الطلاق لم ينعقد سببه قبل حدوث المعلق عليه .

٤٣٧ - الأثر المترتب على فسخ العقد في وجود العقد المعلق : أثر الخلاف

أثر هذا الخلاف يظهر لو نذر شخص لله بأن يتصدق بعشرة جنيهات إن نجح في امتحان هذا العام . فهو قد التزم شرعا بنذر يجب ديانته الوفاء به فإذا تصدق فعلا بالمبلغ قبل ظهور النتيجة ، ثم ظهرت النتيجة بعد ذلك بنجاحه فلا شيء عليه عند الشافعي لأن النذر قد ارتفع إذ حينئذ تصدق كان العقد قائما فيظهر الحكم فيه . أما عند الأحناف والمالكية فلا يعتبرون ذلك مجزيا في النذر لأن العقد لم يوجد باعتباره سببا إلا بعد وجود المعلق عليه وهو النجاح ويلزمه ديانته أن يتصدق بالمبلغ بعد النجاح ^(١) . وأيضاً لو قال رجل لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت عند الأحناف لأنها وقت وجود العقد كانت زوجته فالمحلية متحققة أما عند الشافعي فلا تطلق لأن العقد انعقد عند التكلم ووقتها لم تكن المرأة زوجة له فلم تتحقق المحلية .

٤٣٨ - العقد المقترن بشرط والفرق بينه وبين المعلق على شرط :

المقترن بالشرط
التزام أمر لم
يوجد في أمر
وجد بصيغته

الاقتران بالشرط هو أن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، كأن تقول بعثك هذه الأرض على أن أزرعها سنة ، أو بعثك هذه الدار على أن أسكنها شهرا . أو قبلت زواجك على أن أبقى في بلدتي ، أو على أن لا أتزوج بأخري . أو يقول شخص لآخر اشتريت منك دارك هذه بألف جنيه أدفعها لك بعد سنة . فقال صاحب الدار: قبلت على أن تحضر لي كفيلا بالثمن ، أو أن يقف شخص ضيعته على الفقراء والمساكين على أن يأخذ هو غلتها مدة حياته ، وهكذا .

(١) راجع في هذا كشف الأسرار ج ٢ ص ٥٩٢ ، فتاوى ابن نجمة ج ٣ ص ٣٥٣ ، الملكية ونظرية العقد من ٢٤٨ وما بعدها ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

وقد سبق الكلام عن الشروط التي تتصل بالعقد، وبيننا أقسامها، وأقوال الفقهاء فيها — والشرط يقترن بالعقد في كل الأحوال سواء أكان العقد منجزاً أم مضافاً أم معلقاً وسواء أكان مؤبداً أم مؤقتاً — فيصح أن تقول غير ما سبق جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة من العام القادم على الفقراء على أن آخذ غلتها مدة حياتي، أو يقول شخص إن مت فقد جعلت لك زراعة حقلي هذا سنة على أن لا تغرس به شجراً أو تقيم فيه بناء إلى غير ذلك وبذا تعرف الفرق بين العقد المعلق والعقد المقترن بشرط فالأول يتوقف فيه وجود العقد على وجود الشرط المعلق عليه . أما الثاني فالعقد غير متوقف على شيء لكن اتصل به شرط أضافه العاقد لأنه يحقق له مصلحة أو لغيره فإن كان الشرط يتضمن العقد أو جاء مؤكداً لمقتضاه أو أذن به الشرع أو ورد به العرف فهو صحيح وإلا ففاسد كما تقدم . ويمكن القول بأن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأداة من أدوات الشرط ، أما المقترن بالشرط فهو إلزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغته ^(١)

(١) مع ملاحظة أن الماقدين إذا اتفقا على شرط قبل العقد ثم أجريا العقد من غير نص عليه ولا إشارة له فالشهور عن الشافعي ورأى أبي حنيفة أنه لا تأثير لهذا الشرط على العقد ويكون الشرط السابق مجرد وعد غير لازم قضاء وذهب مالك وأحمد إلى أن الشرط السابق كالشرط المقارن غير أنه روى عن أحمد أن الشرط السابق إذا كان رافعا لمقصود العقد أبطله كالعينة .

القسم الرابع

الخيارات وعيوب الارادة

الفصل الأول

خيار التعيين

٤٣٩- الشروط والخيارات: قلنا إن الفقهاء بين مضيق وموسع في الخيارات شروط ^{ترد على العقد} الشروط التي يرغب فيها المتعاقد ويدخلها في العقد وقلنا إن منها ما يكون جاء بمقتضى العقد ، ومنها ما جاء موافقاً لمقتضى العقد ومنها ما ورد به الشرع أو جرى عليه العرف، ومن هذه الشروط الخيارات (١) فهي تحفظات تصاحب العقد إما بقوة الشارع من غير أن ينص عليها ، وإما لا بد لها من اشتراطها عند التعاقد وأن يتم اشتراطها برضاء طرفي العقد . والخيارات في الواقع تخالف ما يقتضيه العقد من التزامات إذ هي تجعل لمن له الخيار حق عدم الالتزام بالعقد (٢) ، والخيارات منها ما جاء به الشرع صراحة ، ومنها ما قيس على ما جاء به الشارع .

٤٤٠- تعريفها: والخيارات جمع مفردة خيار. وهو في اللغة طلب خير تعريف الخيارات الأمرين إما إمضاء العقد أو فسخه، والمعنى الشرعي لا يبعد عن ذلك والخيارات

(١) راجع في الخيارات كتب الفقه مثل البدائع ج ٥ ص ٣٦١ وما بعدها ، رد المحتار شرح تنوير الأبصار ج ٤ ص ٤٩ وما بعدها ، درر الحكم شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ١٥١ وما بعدها ، الهداية ج ٣ ص ٢٢ وما بعدها ، الفتح ج ٥ ص ١١٠ وما بعدها ، المبسوط ج ١٣ ص ٣٨ وما بعدها الزيلعي ج ٤ ص ١٤ وما بعدها ، الجوهرة على مختصر القدوري ج ١ ص ٢٣٣ وما بعدها ، الكتر للعيني ج ٢ ص ٨ ، المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٦٢٢ إلى آخر الجزء ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) الفتح ج ٥ ص ١١٠ .

في الفقه الإسلامي كثيرة منها ما يثبت باشتراط التعاقد نفسه كخيار التعيين وخيار الشرط ، ومنها ما يثبت بحكم الشرع حتى لو لم يشترطه العاقد لأن العقد معه يخرج عن مشروعيته كخيار الرؤية وخيار العيب (١) .

حكمة اشريعها ٤٤١ - حكمه مشروعيتها : الخيارات في العقود نظرية أوجدها الفقه

الإسلامي وهي وإن خالفت ما تنتجه طبيعة العقد من إلزام ، إلا أنها شرعت ليتأكد رضا العاقد بالعقد وتحقق رغبته ويكون على بينة من أمره دفعاً للغبن ، ومنعاً للضرر . أو كما يقول صاحب الهداية . شرعت للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن (٢) . فالمرء قد يقدم على إمضاء العقد من غير أن يرى محله أو من غير أن يكون له خبرة فيه وقد يكون في محل العقد عيب لا يقبل معه التعاقد الشراء أو يكون الطرف الآخر قد أغراه ليقدّم على إمضاء العقد بأوصاف لم تكن فيه إلى غير ذلك . ويخشى إذا أحجم عن التعاقد أن تكون في العقد مصلحة له يندم عليها إذا تركه وقد لا يتيح له الفرصة لتعاقد الغير عليها أو لعدول صاحبها . فيقدم على العقد من غير أن يتحقق الرضاء في نفسه أو من غير أن تكون أمامه الفرصة الكافية لرؤيته من العقد وقد قبله على وصفه وقد يكون الوصف غير منطبق على المحل ، وقد يكون في العقد من الغبن والخديعة ما يخرج به عن حقيقته وقد يريد أن يستشير غيره ممن له خبرة ، فشرع الخيار ليتأكد الرضاء بالعقد، ويتم على أساس رغبة صادقة وعلم صحيح وقد لاحظ الشارع طبيعة العقد، وما ينتجه الخيار من جعل العقد غير مجزوم به فجعله في بعض العقود دون البعض حسب طبيعة العقد نفسه وخطورته وجعل منه ما لا يثبت إلا برضاء العاقدين على اشتراطه وتام العقد على أساسه .

طبيعة العقد
والخيارات

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٦١ .

(٢) الهداية ج ٣ ص ٢٢ .

ومنه ما يثبت بقوة الشرع من غير اشتراط والخيارات كثيرة (١).

٤٤٢ — خيار التعيين: وهو أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيها شاء ، فإذا ذهبت إلى بائع الساعات أو الحلى أو غيرهما وأعجبك نوعان مما عرضه للبيع وعرفت لكل واحد ثمنه ، وأردت أن تعرضهما على شخص آخر له خبرة ليفضل لك أحدهما وتخشى ضياع الفرصة لو لم تتعاقد فيرتفع السعر أو يبتاعهما الغير أو يعدل البائع عن بيعه فتتعاقد معه على شراء واحد منهما غير معين بثمنه على أن يكون لك خيار التعيين. فإذا اخترت أحدهما تعين البيع فيه وأصبح لازماً وانتهى الخيار .

تعريف خيار
التعيين

(١) الخيارات في الفقه الإسلامى كثيرة نتناول منها بشىء من التفصيل خيار التعيين والشرط والرؤية والعيب وهناك غيرها — ١ — خيار الكفاءة في الزواج — ٢ — خيار الإفاقة إذا كان الولي الذي زوج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد فإنه عند الإفاقة من هذا العارض يكون له أو لها حق الفسخ ولو كانا متكاثرين والزواج بمهر المثل — ٣ — خيار البلوغ إذا بلغ الصغير وكان قد زوجه غير الأب والجد فسحقه أو حقها فسخ العقد وبيان هذا في حراسة الأحوال الشخصية — ٤ — وخيار القبول هو ما يثبت الأحناف للعاقد الآخر إذا ما صدر من الأول الإيجاب فإن لا آخر حق أن يقبل هذا الإيجاب فيتم العقد أو يرفض ما دام مجلس العقد لم يتغير وهذا في الواقع فيه شىء من التجوز لأن العقد لم يتم حتى يعتبر هذا خيار ينفى فسخ العقد وقد كان الأولى أن يسمى خيار الرجوع إذ الأحناف يرون الإيجاب غير ملزم لصاحبه قبل القبول ومن حقه الرجوع عن التزامه — ٥ — وخيار المجلس وقد سبق بيان شىء عنه وأنه مذهب الشافعى وأحمد — ٦ — خيار الفبن الفاحش وهو أن يثبت للمقبول حق فسخ العقد أو إقضائه — ٧ — خيار النقد . أن يشترط البائع على المشتري إذا لم يدفع له الثمن في ظرف ثلاثة أيام يكون من حقه فسخ العقد — ٨ — خيار الاستحقاق . ويثبت للمشتري إذا استحق بعض المبيع فيحق له أن يرد الباقي أو يأخذه بمحضه — ٩ — خيار التغيرير القعلى إذا فعل البائع فى المبيع شيئاً يفسد به البائع ليجعله مرغوباً له — ١٠ — خيار كشف الحقيقة . أن يقول البائع للمشتري بعثك السلعة بما فى يدك أو بما فى حافظتك فله خيار الفسخ بعد كشف الحقيقة — ١١ — الخيار عند ظهور الحياة فى يمين المراجعة والتولية والوضعية . بأن يدعى البائع أنه اشترى المبيع بمعاية جنية فيتفق مع المشتري أن يربحه عشرة جنيهات فوق المائة ثم يظهر أن البائع كان اشترى المبيع بأقل من مائة — ١٢ — خيار فوات الوصف المرغوب فيه — ١٣ — خيار تفريق الصفة بهلاك بعض المبيع فى يد البائع قبل قبضه — ١٤ — خيار صاحب الشأن عندما يعرض عليه الفضولى العقد ، ومنه خيار الولي والوصي فى إجازة عقد الصبي للميز التردد بين التمتع والضرر — ١٥ — الخيار عند ظهور أن المبيع مرمون أو مستأجر — ١٦ — خيار السكبة إذا باع مكيلاً أو موزوناً أو موزوناً بغيره غير معلوم القدر — ١٧ — خيار المتق : وهو أن يكون للزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة تزوجها مولاهما ثم اعتقت فالمتق يجعل لها حق الفسخ . راجع فى هذا ابن عابدين ج ٤ ص ٤٩ ، ٥٠ .

٤٤٣ - آراء الفقهاء في خيار التعيين : هذا الخيار محل خلاف بين الفقهاء
 فيمنع الأخذ به الشافعية والحنابلة وزفر من الأحناف لأنه يخالف القياس
 لجهالة المبيع وأنها التي يظهر فيها حكم العقد . مع أن من شروط صحة العقد
 أن يكون محل العقد معلوماً إذا الجهالة تفضي إلى المنازعة لكن الإمام وصاحبيه
 يجيزون خيار التعيين مع مخالفته القياس حقيقة إلا أنهم يرون أن الاستحسان
 يقتضيه (١) لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق
 والأوفق والحاجة إليه متحققة إذ قد يشتري المرء ويحتاج إلى رأي غير رأيه في
 اختيار الصنف أو اللون ممن لا يتيسر له إجباره على الحضور معه ، وقد يكون
 الشخص يشتري لغيره ممن لا يستطيع الحضور عند البائع . والبائع في كل هذا
 قد لا يمكنه من حمل السلعة وأخذها خارج محله إلا بالشراء . فكان خيار التعيين
 ضرورياً ، والجهالة المترتبة عليه لا تفضي إلى النزاع لتعيين الثمن في كل ،
 وتفويض المشتري في الاختيار فأشبه خيار الشرط الذي ورد النص بمشروعيته ،
 والجهالة إنما تفسد العقد إذا أفضت إلى المنازعة وقد جاء على هامش الزيلعي
 : إن الإنسان قد يحتاج إلى حذاء مثلاً ولا يتيسر له الخروج إلى السوق
 بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من النساء في البيوت فيحمل إليه من يقوم مقامه
 في الشراء . ولعل مثل هذا متعارف متداول بين الناس . ولما كان خيار التعيين
 جاء على خلاف القياس فإن الأخذ به قصره على العقود الناقلة للملكية
 كالبيع (٢) ، وما في حكمه من الهبة باشتراط العوض والقسمة للضرورة فيها
 دون غيرها .

زفر من الأحناف
 وباقي الفقهاء
 يمنعون قياساً

باقي الأحناف
 يقرونه استحساناً

تقريره في
 المبادلات المالية
 فقط

(١) راجع في هذا الزيلعي ج ٤ ص ٢١ والهامش أيضاً ، الدور الحكام في شرح غرر الأحكام
 لملا خسرو ج ٢ ص ١٥٣ ، ١٥٤ ، شرح النكته للعيني ج ٢ ص ١١ ، المبسوط ج ١٣ ص ٥٥ ، الهداية
 ج ٣ ص ٥ ، الفتح ج ٥ ص ١٣٠ ، البدائع ج ٥ ص ٢٦١ إلى ص ٢٦٣ ، رد المحتار ج ٤ ص ٦٤
 (٢) ويمكن أن يكون أيضاً في عقود الإجارة لأنها تملك منافعة فيقول المؤجر مثلاً للمستأجر
 أجرت لك إحدى هذه المساكن الثلاثة وبين لكل منها أجراً فيقبل المستأجر على أن يمين
 واحدة منها والتفاوت فيها متحقق لأنها تختلف فالطابق الأول يختلف عن الثاني قرباً وبعداً واتساعاً
 وضيقاً ومن ناحية الضوء هذا إذا لم تختلف وجهاتها ومساحاتها وهكذا في غيرها .

شروط صحة
خيار التعيين

٤٤٤ — ما يشترط لصحة خيار التعيين عند من يميزه : أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء أو اثنين فيفسد العقد إذا زادت السلع عن ثلاث لأنها كما يقول صاحب الدرر الحكام وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة وهو أن يبيع أحد العبدین أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء ولا يجوز ذلك في الأربعة . . لأن الثلاثة فيها الجيد والردي والمتوسط . .

٢ - أن تكون السلع التي يتعين بينها الخيار متفاوتة متعينة محددات ثمنها . أما كونها متفاوتة فليكون الاختيار مفيداً منتجاً ، وأما تعيينها وتحديد ثمن كل سلعة منها على حدة فلمنع الجهالة المفسدة للعقد والمفضية إلى المنازعة يقول صاحب الكنز ، ولو باع عبدین على أنه بالخيار في أحدهما . إن فصل وعين صح وإلا لا . أى صح إن فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار ، ولأن العقد إنما ينعقد على واحد منها غير معين فيجب أن يعرف الثمن ويتعين لهذا .

٣ - أن تكون مدة الخيار لها مدة معلومة كي يتبين كل واحد منهما موقفه بعدها ، وحددها الإمام بثلاثة أيام ، وأطلقها الصحابان إلى الوقت الذي يتفقا عليه واكتفيا بشرط أن يكون الوقت معلوماً محددًا متفقاً عليه قل أم كثر .

خيار التعيين
وخيار الشرط

٤٤٥ — هل العقد لازم مع خيار التعيين أم لا : من فقهاء الأحناف من يرى أن خيار التعيين يكون متضمناً دائماً لخيار الشرط ، ومنهم من لا يرى ذلك . فعند الفريق الأول منهم يصح أن يفسخ العقد جميعه ولا يشتري من له الخيار أى شيء منها فلا يترتب على العقد أى حكم كما يصح له أن يشتري إحداها ، واتجه إلى هذا كثير من الفقهاء منهم صاحب الهداية وصاحب الفتح ودلّ له (١) وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين يكون غير متضمن خيار الشرط إلا إذا اشترط ذلك معه يرون العقد ملزماً في واحد منها غير معين وليس من حق من له خيار التعيين فقط أن يرد الجميع . لكن

حكم العقد مع
خيار التعيين

الزبلى وصاحب البدائع قالاً : إن خيار التعيين فيه معنى خيار الشرط فيكون العقد معه غير لازم وللمشتري أن يرد الجميع لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى أن لا يوافق شئ منها فيحتاج إلى ردها .
وإنما نميل إلى أن البيع لازم قبل خيار التعيين في أحد المبيع إذا لم يكن له خيار الشرط ولم يوجد سبب آخر يقتضى الفسخ لأن العقد ما تم على أن يكون له حق الفسخ وإنما تم على أن يكون له حق اختيار أحدهما فقط فالعقد لازم بالنسبة لواحد غير معين وعلى من له الخيار التعيين ولذا يقول صاحب الهداية ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا امتناع الرد بالتعيب ولو هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما . ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً .

الرأى لزوم العقد
قبل خيار التعيين

هلاك إحدى
السلعتين

٤٤٦ — صوت من له خيار التعيين قبل الاختيار : لو مات من له هذا الحق قبل التعيين كان لورثته حق التعيين لأن إحدى السلعتين موروثة لهم باعتبار أن البيع لازم في إحداها وإنما كان خيار التعيين يثبت للورثة ضرورة إذ ملك المورث أصبح مختلطاً بملك الغير يقول صاحب العناية ولو مات المشتري بقي للوارث خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير، ولم يكن هذا الحق ثابتاً لهم بطريق الميراث لأن قاعدة الاحناف أن الحقوق المحضة لا تورث لأنها مجرد رغبة ومشينة وإنما ثبت هذا للورثة ابتداء ليتعين ملكهم من ملك غيرهم . حتى على من يرى من الفقهاء أن خيار التعيين يلزم أن يكون معه خيار الشرط إذ بالموت سقط حقه في الخيار وبقي للورثة ملك ثابت في شئ مما كان لمورثهم التعيين فيه فلزمهم التعيين لتمييز ملكهم من ملك الغير .

لاورثة حق خيار
التعيين

٤٤٧ — هل لمن له خيار التعيين شراء الجميع بنفس العقد : في الواقع أن الإيجاب والقبول وقعاً على أن محل العقد شئ واحد متردد بين هذه الأشياء ولذا فليس لمن له الخيار أن يأخذ إلا سلعة واحدة لأن المبيع في

هل لمن له خيار
التعيين شراء
السلعتين

الحقيقة أحدهما والآخر أمانة .. ولو هلكا جميعا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما، أما إذا احتجز السلع جميعها وقبل الآخر فهو عقد جديد بينهما يكون صاحب الإيجاب فيه المشتري .

هل للبائع خيار التعيين

٤٤٨ - هل يثبت خيار التعيين للبائع : الفقهاء لا يجيزونه للبائع لأن خيار التعيين جاء على خلاف القياس للضرورة فلا يتوسع فيه والحاجة قد تدعو المشتري إليه دون البائع لأن المبيع كان في يده قبل البيع . لكن الفقيه الكرخي قد أجاز ذلك للبائع أيضا وهو ما أميل إليه إذ العلة قد تكون في جانبه فمن الجائز أن يملك شخص سيارتين ويعرض عليه آخر له خبرة فيها الشراء ويحدد لكل منها ثمنًا ويكون صاحبهما في حاجة إلى أن يتخلص من إحدى السيارتين لكنه يرغب في أن يعرض الأمر على غيره من أهل الخبرة لينتخب له إحداها ويوازن بينهما . فيقبل أن يبيع إحداها بالثمن الذي حددته الآخر على أن يكون له خيار التعيين في أيهما يبيع ، وقد لا يقبل المشتري اشتراط خيار الشرط للبائع كي يلتزم البيع في إحداها .

بقي أن نقول إنه يستحيل اشتراطه لهما معا لاحتمال التناقض مع التزام التعاقد في إحداها .. وقواعد الوكالة تقضى بجواز اشتراطه للغير .

مبطلات خيار التعيين

٤٤٩ - مبطلات خيار التعيين : يبطل خيار التعيين إما باختيار المشتري وتعيينه السلعة التي يرغب فيها صراحة كأن يقول اخترت هذا الثوب أو ما يشبه ذلك ، أو دلالة كأن يتصرف في سلعة منها بما يدل على تعيين الملك فيه كأن يكون في شاة فيذبحها أو يبيعها أو قماشًا فيخيطة ، وقد يبطل ضرورة كأن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين محلا للبيع ولزمه الثمن وتعين الآخر أمانة .



الفصل الثاني

خيار الشرط

٤٥٠ - تعريفه : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لهما معاً ، أو لمن ينوبه كل منهما الحق في إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك في العقد ، ولذلك سمي خيار الشرط . إذ لا يكون إلا باشتراطه في العقد صراحة بأي لفظ يدل على عدم الالتزام بالعقد مدة معينة فيقول البائع بعث على أن يكون لي الخيار أو إن رضى فلان ، أو يقول ذلك المشتري ، وهكذا فإذا تباع اثنان واشترط البائع والمشتري أو أحدهما أن يكون له الخيار في إجازة العقد أو فسخه ، أو يكون العاقد أو أحدهما قد اشترط ذلك لشخص آخر عينه له خبرة في موضوع التعاقد أو كان صاحب شأن بأن كان العاقد وكيلاً عنه أو كان فضولياً .

خيار الشرط
تعريفه

٤٥١ - متى بشرط : وهذا الشرط يكون أثناء التعاقد مصاحباً للعقد . فلا يصح أن يكون قبل العقد ، ولكن يصح أن يلحق العقد ولو بفترة طالت أم قصرت يقول صاحب الفتح (١) : يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح ما دام الثاني قد قبل ذلك لأن للمتعاقدين حق الفسخ من غير خيار إذا ارتضيا الفسخ ، فكان لهما حق إلحاق الخيار بالعقد بعد المجلس كما كان لهما في مجلس العقد وخالف في ذلك أحمد بن حنبل ، والشافعي يقول ابن قدامة في المغني (٢) : « ولو ألحقا بعد العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه وبهذا قال الشافعي ، لأنه عقد لازم فلم يصر جائزاً بقولهما » .

متى بشرط

٤٥٢ - دليل سر وعينه : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأحد الأنصار وكان يغيب في البياعات : « إذا بايعت فقل لا خلافة ، ولي

دليله
مشهور

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١١١ .

(٢) المغني ج ٣ ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

الخيار ثلاثة أيام، وفي رواية أخرى وإذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، ومعنى لا خلافة لا غبن ولا خديعة فكان هذا دليلاً على مشروعية هذا الشرط في العقد مع مخالفته لمقتضى عقد البيع وهو اللزوم.

٤٥٣ - حكمه مشروعيته: يفهم من سبب الحديث أن المتعاقد قد يكون حكمة مشروعيته

في حاجة إلى الرجوع إلى غيره وإستشارته فيما تعاقد عليه لأنه غير خير في موضوع العقد، أو لأنه يغبن في عقوده، أو لأنه يتعاقد لغيره في الواقع ويريد أن لا يلتزم بالعقد حتى يعرض الأمر على من يعنيه رضاه. ولو لا تشريع خيار الشرط لكان العقد لازماً لا يمكن لأحدهما أن يفسخه مستبداً إلا لعدم رؤية محل العقد أو عيب يقتضي ذلك، فخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضاء فيه غير موفور، والرغبة فيه لم تتأكد وقد يرى العاقدان أن في مصلحتهما الارتباط، أو يعتقد أحدهما أن مصلحته في الارتباط مخافة ضياع الفرصة لو أرجأ العقد، فيعطى الآخر الفرصة ويجعل العقد غير لازم بالنسبة له مع التزامه هو حتى يتروى الآخر ويوازن الأمر في نفسه أو يرجع إلى من يرى استشارته، كما يصح أن يعقد العقد وكل منهما متردد في أن هذا العقد لصالحه فيشترط كل منهما لنفسه هذا الحق حتى يتروى أو يرجع إلى ذي خبرة، ولعل هذا مشاهد لنا كثيراً ويحدث بيننا في كل وقت.

٤٥٤ - طبيعة العقود وخيار الشرط: من الملاحظ أن الأثر الذي يترتب على خيار الشرط هو أن يصير العقد غير لازم بالنسبة لمن كان الشرط له فكان من الواضح أن العقود في قبول هذا الشرط ليست سواء، بل تختلف حسب طبيعتها، وقد قلنا إن العقد إما أن يكون لازماً أو غير لازم. وبيننا أن منها ما لا يقبل الفسخ مطلقاً، ومنها ما يتوقف الفسخ فيه على رضا طرفيه، ومنها ما يقبل الفسخ مطلقاً، ومنها ما يقبله من جانب دون الآخر. فالعقود التي لا تقبل الفسخ لا تقبل خيار الشرط لأن طبيعتها تقتضي اللزوم والخيار يتنافى

العقود التي تقبل خيار الشرط والتي لا تقبله

مع ذلك ، والعقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها فإنها لا تقبل الخيار أيضاً لأنه لا فائدة من اشتراطه إذ العقد يمكن فسخه من غير اشتراط الخيار ، وبذا تكون العقود التي تقبل خيار الشرط هي العقود التي لا تفسخ إلا برضا طرفي العقد بشرط ألا يتوقف تمامها على القبض ^(١) كالسلم والصرف إذا اشتراط الخيار يتنافى مع اشتراط القبض فيصح أن يدخل خيار الشرط في عقود البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والكفالة ^(٢) والقسمة ، والحوالة إلى غير ذلك ، ولم يدخل في الطلاق المجرد والوكالة والهبه بغير عوض والوصية ^(٣) (١).

٤٥٥- لمن يثبت خيار الشرط : يثبت لمن اشترط له من العاقلين

من يثبت له
خيار الشرط

أحدهما أو كلاهما لنفسه أو لغيره فيصح أن يشترط البائع أو المؤجر لنفسه أو للمشتري والمستأجر فيقول بعثك كذا أو أجرت لك كذا وأنت بالخيار ثلاثة أيام مثلاً ، وكذا العكس كما يصح أن يشترط ذلك لكل منهما معاً ، ويصح أن يكون ذلك من كل منهما لأجنبي عن العقد ، ولم يخالف في جواز اشتراط ذلك لأجنبي ^(٢) سوى زفر ^(٣) وعلل لذلك بأن خيار الشرط من حقوق العقد ، وهي تثبت للعاقد واشتراطها لغيره مفسد للعقد ولأن هذا الشرط يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه ، وينبغي أن لا يكون ذلك بفعل الغير ، وهو كخيار العيب والرؤية وهما لا يثبتان للغير اتفاقاً . لكن باقي الأحناف ووافقهم المالكية والحنابلة ورواية عن الشافعي . يرون . أن حكمة مشروعية خيار الشرط تقتضي ذلك ولأن اشتراطه للغير اشتراط لنفسه إذ يجعل غيره نائباً عنه ، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له ، وهذا الأجنبي المشروط له الخيار ما هو إلا وكيل عنه ، ولذا لم يسقط حق العاقد نفسه في الخيار باشتراطه للغير ، ويعلل الحنابلة لهذا بقولهم « إن الخيار يعتمد شرطهما

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٢ ، ٥٣ ، المغني ج ٣ ص ٥٩٤

(٢) المبسوط ج ١٣ ص ٤٧ إلى ٤٩ ، البدائع ج ٥ ص ٢٧١ ، الزيلعي ج ٤ ص ١٩ ، ٢٠

الفتح والعناية ج ٥ ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، المغني ج ٣ ص ٥٨٧

ويشترط إليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما فلا يجوز الغاؤه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك ، فلكل واحد من المشرط والمشرط له حق الفسخ ،

- و إذا اشترطه
لأجنبي لا يبطل
حق الأصل

٤٥٦ - اشترط لأجنبي لا يسقط من الأصل في الشرط : وإذا اشترط أحدهما الخيار لأجنبي عن العقد فالأحناف عدا زفر يرون أن حق المشرط نفسه لا يسقط في الخيار وإذا اتفقا على الفسخ أو الإجازة فالأمر ظاهر ، وإن اختلفا فصاحب العبارة الأولى مقدم لأن صاحب العبارة الأولى تأتي عبارته فتجعل العقد إما لازماً بالإجازة وإما منفسخاً بالرفض وعلى كل فلا تجدد العبارة الثانية محلاً ، وإذا افترضنا ما قاله الفقهاء من احتمال أن يصدر منهما نقض وإجازة في وقت واحد فيفسخ أحدهما ويجيز الآخر ، فإني أميل إلى ما روى من أن رأي الأصل مقدم وأحق بالاعتبار لأنه هو الأصل والنائب إنما يستمد منه السلطان ويقول الزيلعي^(١) في هذا : ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق ، وإن كانا معاً في وقت واحد كان الفسخ أولى من الإجازة ، وفي رواية أخرى تصرف المالك أولى فسخاً كان أو إجازة لأن الأصل أقوى إذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصح أن يكون معارضا للأصل ولأنه لما أقدم على التصرف كان عزلاً له منه بالفعل حكماً ،

مدة خيار الشرط

٤٥٧ - مدة خيار الشرط : يجوز اشتراطه لمدة ثلاثة أيام فأقل باتفاق الفقهاء . أما إذا اشترط أكثر من ذلك فأبو حنيفة وزفر والشافعي لا يجيزون هذا الشرط ويرون العقد معه فاسداً لأن خيار الشرط جاء على خلاف القياس والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد فيقتصر فيه على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام . ويرى صاحبان ومعهما أحمد بن

الإمام وزفر
والشافعي

الصاحبان وأحمد حنبل إجازة شرط الخيار بأى مدة يتفق عليها المتعاقدان طالبت أم قصرت ما دامت المدة محددة معلومة لأن الخيار شرع للحاجة وقد يقتضى الاختبار والموازنة والاستشارة وقتاً أكثر من ثلاثة أيام وقصد العاقدان واتفاقهما على مدة أكثر من ذلك دليل على أن ظرف المشتري أو موضوع العقد يقتضيه حتى يتم الخيار عن رضا أكيد يرتفع معه الغبن ، وقالوا إن المدة التي جاءت في الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لاحظ كفايتها له ولعقوده - ولذا تجد الإمام مالكاً يحجز العقد مع اشتراط الخيار مدة أكثر من ثلاثة أيام إن كان موضوع التعاقد يقتضى هذه المدة . فهو يعتبر الأصل ثلاثة أيام وينظر بعد ذلك إلى محل العقد لا إلى اتفاق المتعاقدين .

إذا كانت المدة
مجهولة

هذا في المدة طالبت أم قصرت مادامت معلومة معينة أما إذا كانت المدة غير معلومة بأن قال أنت بالخيار مدى الحياة أو كانت معلقة على مجهول بأن قال بشرط أن يكون لي الخيار حتى تمطر السماء أو حتى يبرأ فلان من مرضه فإن العقد يكون مع هذا غير صحيح لأنه يؤدي إلى النزاع والغرر وليس في هذا خلاف إلا ما روى عن مالك من إجازة العقد وتحديد مدة تناسب موضوع العقد .

٤٥٨ - إذا اتفقا على مدة غير جائزة ثم أجازا العقد في المدة الجائزة :
إذا حددوا مدة أكثر من ثلاثة أيام كأن يتفقا على الخيار لمدة أربعة أيام فقد عرفنا رأى الفقهاء فيها . فإذا أجاز من له الخيار العقد قبل نهاية اليوم الثالث . فالإمام أبو حنيفة يرى أن الفساد يرتفع ويبقى العقد صحيحاً لأنه قد أسقط المفسد قبل تقريره والفساد إنما ينشأ من بقاء العقد من غير أن يفصل في الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فيبقى صحيحاً . أم (زفر) فيرى أن العقد باشرط أكثر من الأيام الثلاثة

إذا حدد أربعة أيام وأجاز في الثالث

انعقد فاسداً من الأصل فلا ينقلب جائزاً بعد ذلك (١)، ولا يرتفع عنه الفساد

٤٥٩ — حكم العقد في مرة الخيار عند غير الشافعي وأحمد (٢) : الفقهاء

حكم العقد
مدة الخيار

الأحناف ومن
معهم ودليلهم

جميعاً إلا رواية عن أحمد والشافعي متفقون على أن حكم العقد يتخلف عن العقد بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له فإذا كان الخيار للبائع فإن ملكيته للبيع لا ترتفع ، وإن كان الحكم بالنسبة للآخر لازماً ويخرج الثمن من ملكه غير أنه لا يملك التصرف في المبيع لاحتمال فسخ البائع للعقد ، والبائع إذا تصرف في الثمن يكون قد أجاز البيع بطريق الدلالة وهكذا في العكس ، أما إذا كان الخيار لها فيتخلف الحكم بالنسبة لها فالمبيع على ملك بائعه والثمن على ملك المشتري . والعلة في قولهم إن الحكم يتخلف بالنسبة لمن له الخيار هو أن اشتراط الخيار يدل على عدم تحقق الرضا من ناحية من له الخيار والأحكام تتبع العقود إذا تحقق فيها الرضا . وغير ذلك فإنه لا خلاف مطلقاً على أن العقد غير لازم بالنسبة لمن له خيار الشرط ، وبذا يكون الخيار قد جعل العقد اللازم غير لازم ، وقد رتب أحكام هذه العقود على أنها لازمة فيتخلف الحكم حتى يصير العقد لازماً .

العقد المضاف
والذي فيه خيار
الشرط

٤٦٠ — العقد المضاف وما دونه خيار الشرط عند هؤلاء : هناك تشابه

بين العقد المضاف والذي فيه خيار الشرط من ناحية انعقاد العقد وتخلف الحكم حتى يأتي الزمن المضاف إليه أو حتى يسقط الخيار ويختلفان من ناحيتين . تخلف الحكم في المضاف ناشئ من الصيغة لكنه هنا من أمر زائد وهو الشرط ، ولأن المضاف لا يمكن أن يكون للحكم فيه أثر رجعي فلا ينسحب إلى ما قبل الزمن الذي أضيف إليه . ولكنه هنا عند إسقاط الخيار يظهر أثر الحكم في العقد لا من تاريخ إسقاط الخيار ولكن من تاريخ انعقاد العقد .

(١) راجع في الموضوع . المبسوط ج ٣ ص ٤١ ، الفتح والعناية ج ٥ من ١١١ إلى ١١٣ ،

الزيلعي ج ٤ ص ١٤ و ١٥ ، المغني ج ٣ ص ٥٨٩ ، ٥٩٠ .

(٢) راجع في الموضوع . البدائع ج ٥ ص ٢٦٤ إلى ٢٦٧ ، الفتح والعناية ج ٥ ص ٢١٥

إلى ص ١٢٠ الزيلعي ج ٤ ص ١٦ و ١٧ . المغني ج ٣ ص ٥٧١ و ٥٧٢ .

٤٦١ — حكم العقد عند أحمد والشافعي : وقد نقل عن أحمد والشافعي في إحدى روايتين عنهما أن العقد مع وجود الخيار يتصل به حكمه فوراً إذا العقد صحيح نافذ ، وكل ما أوجده خيار الشرط من أثر أنه جعل العقد غير لازم مدة الخيار بالنسبة لمن شرط له ، ولا يوجد ما يسبب تأخر الحكم عن العقد . فتثبت ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع وإن كانت هذه الملكية على خطر الزوال إذا فسخ العقد من له الخيار .

الحكم يتصل
بالعقد عند أحمد
والشافعي رغم
الخيار

٤٦٢ — رأى الأحناف ومن معهم في ملكية من له الخيار وملكه الآخر : يرى الأحناف ومن معهم أن من له الخيار يبقى الشيء على ملكه حيث لم يلتزم ولم يظهر الحكم بالنسبة له وأما بالنسبة للآخر الذي لم يشترط لنفسه الخيار فإن ما تحت يده من عوض يخرج من ملكه لأن العقد ملزم بالنسبة له غاية الأمر أنه لا يملك التصرف في ملك الآخر الذي هو عوض عن ملكه حتى ينتهي الخيار ويبين الأمر ، وبذا نجد أن العقد ملزم لأحدهما دون الآخر ، وتظهر حقوق العقد على ملك الملتزم دون الآخر فإذا فرضنا أن الذي اشترط الخيار هو المشتري دون البائع فإن العقد يكون ملزماً بالنسبة للبائع ويخرج المبيع عن ملكه بينما العقد غير ملزم بالنسبة للمشتري ولا يخرج المبيع من ملكه ونلاحظ أن البائع مع القول بخروج المبيع من ملكه وظهور حكم العقد فيه فإن الثمن لم يدخل في ملكه ، ولم يظهر حكم العقد فيه حتى بالنسبة للبائع الذي التزم بالعقد .

رأى الأحناف
لا يخرج ملك
من له الخيار في
مدة الخيار

٤٦٣ — هل ما خرج من ملك الملتزم يدخل في ملك من له الخيار : قلنا إن الأحناف ومن وافقهم يرون أن حكم العقد يتخلف بالنسبة لمن شرط له الخيار وأن الحكم يظهر بالنسبة للثاني في حدود ملكه فتزول عنه ملكيته لكن هل تدخل في ملك الآخر رغم أن العوض مازال على ملكه . بهذا يقول صاحبان ، ومالك والشافعي وأحمد في الرواية التي ساير الأحناف فيها كما تقدم . ويعملون ذلك بأنه إذا لم يدخل المبيع مثلاً في ملك المشتري

ما يخرج من ملك
من لم يشترط الخيار
هل يدخل في ملك
الآخر

بعد أن خرج من ملك البائع يكون من غير مالك مع أنه مال متقوم . أما الإمام فإنه يرى أن المبيع يبقى موقوفاً بعد أن خرج من ملك البائع كي لا يجتمع البدلان على ملك واحد إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري والمعاوضة تقتضي المساواة وعلى كل فإذا تصرف المشتري بأي شيء في المبيع ثبت ملكه فيه وكان دليلاً على إجازة العقد .

٤٦٤- أثر هذا الخلاف : لو قلنا بالرواية التي نقلت عن الشافعي وأحمد وأثر الخلاف وجعلنا : الحكم مترتباً على العقد مع وجود خيار الشرط ، وكذا لو قلنا برأي الصاحبين ومن معهم من اجتماع العوضين في ملك واحد . فإن المشتري إذا اشترى عبداً قريباً له عتق عليه فوراً رغم وجود الخيار ، ومن غير أن يكون للمشتري رغبة في ذلك .

ولو اشترى ذمي من آخر خمرأً وشرط لنفسه الخيار ثم أسلم في مدة الخيار فعلى نظرية الإمام يبطل البيع إذ المشتري لم يملك المبيع وهو ذمي والخمر في نظره وهو مسلم لا تصلح محلاً للعقد فيبطل العقد . وعلى أساس نظرية الصاحبين ومن معهم نفذ البيع وبطل الخيار لأن الخمر دخلت في ملكه وهو ذمي فبعد أن أسلم لا يملك ردها لأن الإسلام يمنعه من تملك الخمر . وفي هذا يقول صاحب الهداية (١) : « وإذا اشترى ذمي من ذمي خمرأً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها بإسقاط الخيار بعد وهو مسلم ، . وعلى كل فاشتراط الخيار في العقد لإحدهما أو لهما معا عند الأحناف مانع من نفاذ العقد بالنسبة إلى من اشترط الخيار له .

بقاء كل من
العوضين مع
صاحبه

٤٦٥- التصرفات في مدة الخيار : ولما كان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وخيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه كان لمن له الخيار الحق في

أن يمنع ملكه عن تسليمه للغير في مدة الخيار ، ولا يجبر أحدهما على تسليم ملكه للآخر ، فإذا تسلّم المشتري المبيع بإذن من البائع لا يملك التصرف فيه فإذا تصرف فيه وكان الخيار له كان إجازة منه للعقد وصح التصرف ، وإن كان الخيار للبائع أو لهما بطل التصرف لأن المبيع لم يخرج عن ملك صاحبه . وكذلك لا يجوز للبائع أن يتصرف في الثمن إلا إذا اعتبر إجازة إذا كان عينا (لا نقدا) وإذا تصرف يكون الحكم كما تقدم ، فإذا كان الخيار للبائع وتسلّم المشتري المبيع بإذن منه وهلك في يده في مدة الخيار التزم مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ولا يضمن عليه بالثمن لأن البيع انفسخ بهلاك المحل وصيرورته بحالة لا يجوز العقد عليها ابتداء فلا تلحقه الإجازة . أما إذا هلك بعد إجازة العقد وانتهى الخيار التزم الثمن لأنه هلك بعد تمام العقد وعدم وجود حق النسخ أما إذا كان الخيار للمشتري وكان قد أخذ المبيع في يده ثم هلك فيلزمه الثمن لا القيمة سواء أكان ذلك في مدة الخيار أم بعدها لأن العقد هنا يعتبر قد تم لتعذر رده (١) .

بطلان التصرفات في ملك الغير مدة الخيار إلا إذا اعتبر إجازة

هلاك المبيع في يد المشتري مع خيار البائع هلاكه مع خيار المشتري

٤٦٦ — نماء المبيع والانتفاع بالثمن في مدة الخيار : والزيادة الناشئة عن المبيع في مدة الخيار تكون الملكية فيها موقوفة فإن تم البيع كانت للمشتري ، وإلا فهي للبائع لأنه مادام التعاقد بالخيار فلا يجوز لأحد المتعاقدين التصرف في محل العقد كما قلنا . فلا يصح للبائع مثلا أن ينتفع بالثمن إذا فرض وتسليمه من المشتري ، كما لا يصح للمشتري أن ينتفع بالمبيع في مدة الخيار . وقد بينا أنه قبل أن تصرف من يفرد بالخيار بشيء من ذلك يعتبر إجازة للعقد وفي هذا كله حيلة أيضا لمنع التحايل بالتبايع بشرط الخيار للوصول إلى الربا فلو أجازوا الانتفاع لكل بالعوض فترة الخيار لا تحذه الناس طريقا للربا وخصوصا إذا أخذنا برأى الصاحبين وأحمد في المدة يقول ابن قدامة (٢)

زيادة المبيع لمن تثبت الملكية فيه

(١) الفتح والعناية ج ٥ ص ١١٥ إلى ١١٧ .

(٢) المغني ج ٣ ص ٥٩٣ و ٥٩٢ .

وإذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بماله من خيار عند رد الثمن . فلا خيار فيه . لأنه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه . .

طريق الفسخ
أو الإجازة

٤٦٧ - طريق فسخ وإجازة من له الخيار : والإجازة والفسخ يكونان بما يدل على ذلك صراحة كأن يقول أجزت العقد أو ارتضيته أو فسخت العقد أو رفضته إلى غير ذلك فإن كان بائعاً وله الخيار فتصرف في المبيع بالرهن أو الإعارة أو الهبة مع التسليم أو بيعه للغير أو بالزيادة فيه دل على الفسخ ، وإذا كان الخيار للمشتري وكان قد تسلم المبيع فانتفع به أو تصرف فيه أو طلب الشفعة بسبب المبيع فإن كل هذا يعتبر إجازة أو فسخاً دلالة ، وهكذا إذا كان الخيار لهما معاً . مع ملاحظة أن الفسخ من أحدهما يعتبر منهياً لخيار الآخر ورافعاً للعقد ، أما إجازة أحدهما فهي ملزمة له فقط ولا تسقط حق الآخر في مدة الخيار (١) .

هل لابد من
علم الآخر

٤٦٨ - هل توقف الإجازة أو الفسخ على علم الآخر : ولما ثبت له الخيار أن يحيز أو يفسخ في المدة فإن إجازته صح للعقد لأن الإجازة بنفسها إسقاط لحق الخيار حتى لو لم يعلم الآخر لأن مضي المدة نفسها منهية للخيار ومبقية للعقد ، وتعتبر إجازة ، وإن فسخ في مدة الخيار توقف الفسخ على علم الآخر وإلا فلو مضت المدة من غير علمه بالفسخ لزم العقد عند الإمام ومحمد محافظة على مصلحة الطرف الآخر فإذا علم الآخر قبل مضي المدة صح الفسخ وعلى هذا لو فسخ العقد ثم أجازه قبل علم الآخر بالفسخ صححت الإجازة وبطل الفسخ . ويرى أبو يوسف وزفر والشافعي وأحمد عدم توقف اعتبار الفسخ والنفاد على علم الآخر أما إذا فسخ دلالة بأن تصرف البائع في المبيع وكان له الخيار أو تصرف المشتري في الثمن وكان عيناً وله الخيار . فإنه يعتبر من

(١) الفتح ج ٥ ص ١٢٠ إلى ١٢٢ ، البدائع ج ٥ ص ٢٧٣ . وقدرى عن أبي يوسف

عدة روايات .

غير علم اتفاقا (١) وكذا الإجازة اتفاقا لأنها إسقاط للخيار أما الفسخ باللفظ من غير تصرف في الشيء نفسه يدل على الفسخ فهم يرونه فسخا للعقد وإسقاطا للخيار علم أو لم يعلم الآخر خلافا للطرفين .

هل يورث
خيار الشرط

٤٦٩- خيار الشرط لا يورث : إذا مات من له خيار الشرط قبل أن يبدى رأيه أصبح العقد لازما لأن خيار الشرط لا يورث كما يقول الأحناف والحنابلة لأنه مجرد مشيئة وإرادة ولا يمكن انتقاله للورثة لأنه وصف شخصي وفرقوا بينه وبين خيار التعيين الذي قلنا إنه يثبت للورثة لأن المورث استحق المبيع سليما . والشافعية والمالكية يرون أن خيار الشرط يورث لأنه حق ثابت لأزم في البيع . وواضح أنه إذا مات الطرف الآخر الذي ليس له خيار الشرط فإن حق من له الخيار قائم ما دامت المدة باقية وقد قلنا إن العقد يكون لازما بالنسبة لمن ليس له الخيار .

٤٧٠- مسقطات الخيار : نستطيع أن نلخصها بعد ما ذكرنا ما تقدم بشيء من التفصيل في الآتي :

- ١ - الإجازة أو الفسخ صراحة أو دلالة كما تقدم ٢
- ٢ - موت من له الخيار - خلافا للشافعي ومالك - مسقط للخيار وملزم للعقد ٣
- ٣ - انتهاء المدة من غير إبداء رأى مسقط للخيار وملزم للعقد ٤
- ٤ - تعيب محل العقد أو هلاكه أو الزيادة فيه (٢) مسقط للخيار على التفصيل السابق ٥



(١) المراجع السابقة .

(٢) إلا إذا كانت زيادة منفصلة غير متولدة من محل العقد كالأجرة مثلا فإنها لا تستقط الخيار وإذا فسخ العقد لزم رد الأصل والزيادة منعا أشبهه الربا .

الفصل الثالث

خيار الرؤية (١)

٤٧١- رؤية محل العقد ترفع الجهالة وتحقق الرضا : سبق أن قلنا إنه

تعيين محل العقد
ورؤيته

يشترط تعيين محل العقد عند التعاقد ، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضي إلى التنازع والشقاق لأن الشريعة تعمل على القضاء عليه ومنع أسبابه وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، وبيننا أن التعيين يتم إما برؤية محل العقد وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يحتمل معه التغير أو برؤية شيء منه ، وكذا أجاز الأحناف بيع المتعين الغائب عن مجلس العقد لأن الضرورة قد تستلزم ذلك وقد يكون من مصلحة المتعاقدين تمام العقد فوراً ، ولما كان الأساس في التعاقد هو تحقق الرضا بالعقد ، ولما كان في عدم رؤية محل العقد عند التعاقد ما يخل بهذا الرضا وينقص منه ، وقد يتحقق معه شيء من الغبن ، أو تنتفي الرغبة فيه عند رؤيته أو يظهر منه أنه غير ما يرغب فيه ويقصده ، ولما كان هذا من المحتمل أن يسبب نزاعاً بين الناس شرع خيار الرؤية . فما هو خيار الرؤية ، وما رأى الفقهاء فيه ، ولما ثبت وما أثره في العقد ؟ إلى غير ذلك .

٤٧٢- تعريفه : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو

تعريف خيار
الرؤية

إجازته عند رؤية محله ، إذا لم تسبق رؤيته وقت إنشاء العقد أو قبله . وسواء كان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به إذ الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فلا يصل إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة ولم يتم بها ويكمل معها الرضا وترفع الجهالة المفضية إلى الضرر .

٤٧٣- الحكم في تشريعه : وفي إجازة خيار الرؤية تحقيق مصلحة حكمة مشروعية

المتعاقدين ، فإنه لو كان في حاجة إلى التعاقد وكان محل العقد غائباً فلو أبطلنا العقد

(١) راجع في هذا . البدائع ج ٥ من ٢٩٢/٢٩٩ و ٢٧٣ ، الزيلعي ج ٤ ص ٣٠/٢٠ ،

الفتح ج ٥ ص ١٣٧ إلى ١٥١ ، رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٦٩ .

واشترطنا رؤية المحل عند التعاقد ربما تفوت عليه المصلحة التي كان يتغيبها أو تضيع الفرصة فيعدل أحدهما أو يتصرف المشتري مثلاً في الثمن أو يساوم البائع شخص آخر فيعرض عليه ثمناً أكثر ويكون قد تحققت عنده الرؤية ، فكان في شرع بيع المتعين إذا كان غائباً مصلحة ، ولا بد مع هذا من احتياط فشرع خيار الرؤية كي لا يلحق الآخر ضرر ، ومنعاً للغبن ، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد (١) . والآسيا

٤٧٤ - أراء الفقهاء في خيار الرؤية : اختلف الفقهاء (٢) ، في إجازة خيار الرؤية فأجازوه الأحناف ، ومنعه غيرهم في بعض الروايات عنهم (٣) . وكان هذا الاختلاف تبعاً لرأيهم في إجازة التعاقد على الأشياء المعينة بأوصافها التي يتعاقد من أجلها . فالأحناف يجيزون هذا النوع من التعاقد مادام قد تعين محل العقد بما يرفع الجهالة ، وأما جمهور الفقهاء في بعض الروايات عنهم على منع ذلك والقول بعدم صحة العقد على الأشياء المعلوم الغائبة . لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان وفسروا هذا بأنه نهى عن بيع ما ليس بحاضر عند التعاقد مرئياً للمشتري ، وقالوا إن المعقود عليه يجب أن يكون معلوماً بذاته وصفاته والأعيان لا تتم معرفتها إلا بالمشاهدة المانعة للجهالة وإلا لترتب على ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة ، وفي هذا غرر نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم . وبناء على نظرتهم أصبح لا محل للقول بخيار الرؤية على هذه الرواية . يقول ابن قدامة : وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي . . . وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة . . . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

خلاف الفقهاء في إجازته ومنشأ الخلاف

أجازوه الأحناف

منعه جمهور فقهاء تبعاً لمنعهم بيع الغائب

(١) الفتح ج ٥ ص ١٣٨

(٢) الزيلعي ج ٤ ص ٢٤ و ٢٥ ، الفتح ج ٥ ص ١٣٧ و ١٣٨ .

(٣) قد أشارت كتب الأحناف المذكورة إلى رأى الشافعي في مذهبه الجديد . ومع ذلك كان مع الأحناف في مذهبه القديم والمالكية والحنابلة لهم روايات أخرى في هذا الموضوع .

ولأنه ابتاع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح . وفي الرواية التي فيها الأخذ بخيار الرؤية فيكون للمشتري الخيار عند الرؤية على الفور وقيل في مجلس الرؤية لأنه ثبت بمقتضى الشرع والعقد معه غير لازم في حقه ، (١) .

ويمكن أن يقال ردا على غير الأحناف إن المقصود في الحديث هو النهي عن بيع ما ليس في مقدور الإنسان تسليمه ولو حكما عند التعاقد وإظهار الحكم في محل معين بذاته تعيينا يرفع الجهالة المفضية إلى التنازع ، ويؤيد هذه الوجهة ما روى أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله : إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها له ، ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه . فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك ، فالنهي هنا أرى أنه ينصب على المعنى الذي سبق إذ في عدم تحقق احتمال النزاع بين المتعاقدين ووجود الضرر وإن كانت كتب الأحناف تنص على أن النهي ينصب على بيع ما ليس في ملك الإنسان (٢) وعلى كل فلما أجاز الأحناف تملك غير الحاضر المرقى وقت العقد على الوجه السابق قالوا بخيار الرؤية كي يكمل الرضا وترفع الجهالة .

٤٧٥ - سبب خيار الرؤية وطريق ثبوته : سبب حق خيار الرؤية هو

عدم توفر كمال الرضا بالعقد عند التعاقد لعدم تحقق المعرفة بمحل العقد بما يرفع الجهالة من إبطار أو لمس أو شم أو ذوق حسب طبيعة هذا المحل والقصد منه . وهو يثبت من الشارع من غير حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد بل ويثبت مع النص على نفيه ، فلا يمكن التنازل عنه لأنه شرط أوجبه الشرع

(١) المغنى ج ٣ ص ٨٠

(٢) وفي العناية والفتح ج ٥ ص ١٣٨ وسائر كتب الأحناف أن المراد بنهي الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان هو النهي عن بيع ما ليس في ملكه واستدلوا بحادثة حكيم بن حزام لكن إذا لاحظنا أن كون العاقد مالكا لمحل العقد لا يرى الأحناف أنه شرط لصحة العقد وإنما هو شرط لإنفاذه ولذا قالوا إن عقد الفضولي صحيح موقوف وإذا لا حظنا أن حكيم هذا لما باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما للرسول من غير أن يكون الرسول قد أذنه بهذا وأن الرسول أجاز تصرفه مع أنه فضولي فيه بل ودعى له بالبركة ولو كان بيع ما ليس في ملك الإنسان منهيا عنه لما أجازاه الرسول بل ولما دعى له بالبركة . فإذا لا حظنا كل هذا أمكن أن نقول إن تأويل فقهاء الأحناف للحديث بالنهي عن بيع ما ليس في ملكه لا يستقيم في ظاهره مع تجويزهم عقد الفضولي وتأويل غير الأحناف له بالنهي عن بيع غير الحاضر المرقى لا يستقيم أيضاً لتعارضه مع حديث خيار الرؤية . أما التعليل الذي سقناه فهو مستقيم .

مناقشة رأى
جمهور الفقهاء
وتعليل الأحناف

سبب خيار الرؤية

وجعله من تمام العقد، وفي اشتراط نفيه مخالفة لما جاء به الشرع ، وعلى هذا لو اشترط عليه في العقد أن لا يكون له حق خيار الرؤية أو نص هو بأنه قد تنازل عن هذا الحق ، أو قال إني ارتضيت بالعقد وأجزته وقبلت أن يكون ملزماً لي من غير رؤية محله . فلا اعتبار لهذا كله وحقه في خيار الرؤية ثابت والعقد رغم كل هذا غير ملزم له حتى تتم الرؤية .

٤٧٦ — من يثبت خيار الرؤية : يثبت هذا الحق للمبتاع (المشتري والمستأجر ومن في حكمهما) باتفاق من أجازوا خيار الرؤية ، ولا يثبت للبائع والمؤجر ومن في حكمهما (١) . لما روى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة ~~لبن طلحة بن عبيد الله~~ ، فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان إنك غبنت فقال لي الخيار لأنني بعت ما لم أره . فحكما بينهما جيرا بن مطعم . فقضى بأن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم . فوق أن مثل هذا النزاع الذي يقوم بين رأسين كبيرين من الصحابة لا بد من أن يزاع أمره وتعرف الناس الحكم فيه ، ومع هذا فلم يرو عن أحد معارضته للرأي فكان ذلك إجماعاً من الصحابة سكوتياً . . وغير ذلك فإن البائع يكون محل العقد في حوزته ويكون قد عرفه وتثبت منه ، وينبغي عليه أن يتأكد من ذلك (٢) .

ومع هذا فإذا كان الثمن سلعة تتعين بالتعين كأن تباع أرضاً زراعية بأرض بناء وما عليها من دور أو تباع سيارة بفارس أو قطناً بقمح ، أو بصلاً ببتروول إلى غير ذلك من تبادل السلع الذي أطلق الفقهاء عليه عقد مقايضة ، فإن خيار الرؤية يثبت للمتعاقدين معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشترياً .

٤٧٧ — دليل خيار الرؤية : نستطيع أن نأخذ من الإجماع الذي تم في منازعة عثمان وطلحة دليلاً على جواز التعاقد على الشيء قبل رؤيته ، ولو كان

(١) وقد كان الإمام أبو حنيفة يثبت للبائع أيضاً ثم عدل عنه راجع ذلك . وأدلة الرأي المدول عنه في الهداية ج ٣ ص ٣٦ ، الفتح والعناية عليه ج ٥ ص ١٤٠ ، الزيلعي ج ٤ ص ٢٥ (٢) راجع المصادر السابقة في مناقشة الأدلة .

هذا التعاقد باطلا لما فعله هذان الصحابيَّان ، ولما سكت الصحابة على الحكم الذي صدر بينهما ، ومع هذا فهناك حديث روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم صحت روايته عند الأحناف وأخذوا به . وهو : من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، فهو صريح في جواز الشراء من غير رؤية المحل ، وصريح في أن العقد بالنسبة له يكون غير لازم ، وأن من حقه فسخه مع أن طبيعة العقد اللزوم لو لم يكن هذا (١) .

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية

٤٧٨ — ما يثبت فيه خيار الرؤية من العقود : بالاستقراء وجد أنها أربعة عقود عقد الشراء ما دام محل العقد مما يتعين بالتعيين كالأعيان التي تباع عقاراً كانت أو منقولاً . وكذا في عقود الإجارة وعقود قسمة القسميات والصلح عن دعوى المال بشيء يتعين بالتعيين . فمن اشترى شيئاً من الأعيان المالية كدار أو فرس أو سيارة أو أقمشة أو أى سلعة من عروض التجارة ومن استأجر شيئاً كارض للزراعة أو دار للسكنى أو دابة للركوب إلى غير ذلك ، ومن اقتسم مع شريكه العقار أو عروض التجارة ، ومن ادعى عليه غيره مبلغاً من المال ، فصالحه المدعى عليه وأعطاه نظير دعواه داراً أو أرضاً أو سيارة أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وكان المشتري والمستأجر والشريك المقاسم والمدعى المصالح لم يروا محل العقد فإن من حق كل منهم أن يفسخ العقد عند رؤيته المعقود عليه . وإذا كان الثمن أو الأجرة عيناً تتعين بالتعيين فإن خيار الرؤية يثبت للطرف الآخر أيضاً إن كان لم يره كما قلنا يقول صاحب البدائع في هذا : لو تبايعا عيناً بعين يثبت لكل واحد منهما الخيار ، ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ، ولو اشترى عيناً بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع . والأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه

(١) وفي هذا دليل أيضاً على صحة ما سقناه في معارضتنا لما قاله الشافعية في أن المقصود النهي عن بيع ما لم يكن حاضراً مرئياً وإلا لا باع عثمان بن عفان — أحد الخلفاء الراشدين — ما لم يره ولما اشترى طاعة ما لم يره .

خيار الرؤية ومالا . فلا . . وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تحتل الفسخ .

٤٧٩ - شروط ثبوت حق خيار الرؤية : ويشترط لثبوت الخيار في هذه العقود التي تنبئ شروط ثبوته في العقود التي تنبئ
العقود فوق كونها لا بد أن يكون محل العقد فيها ماتعين أن تتحقق عدم رؤية محل العقد وقت العقد أو قبله . فإذا كان محل العقد مرثيا له حاضرا وقت العقد وتحققت المعرفة ، أو كان قد رأى محل العقد قبل التعاقد وما زال باقيا على حاله لم يتغير عن وقت رؤيته فلا خيار له . أما إذا كان قد تغير عن وقت رؤيته التي حدثت قبل التعاقد فإن حق الخيار قائم .

٤٨٠ - ما تتحقق به الرؤية : وتتحقق الرؤية بمجرد الإبصار فيما تتحقق معرفته التامة بالإبصار إذا كان مبصرا ، وبالوصف الدقيق إذا كان غير مبصر . أما ما لا تتحقق معرفته بمجرد الإبصار ولا بد لكامل معرفته من لمسه أو شمه أو ذوقه فإن رؤيته لا تتحقق إلا بذلك ولا عبرة بمجرد الإبصار هنا والمبصر والكفيف في هذا سواء فإذا كان رؤية البعض فيه تغني عن الكل تحققت الرؤية بذلك كالمكيل والموزون والمعدود والمتقارب على الرأي الراجح فالحيوب والزيوت وما شابه ذلك والليمون والبيض وأمثالها تغني رؤية البعض فيها عن رؤية الجميع وإلا فإذا كانت رؤية البعض لا تغني عن رؤية الكل المبصر والكفيف كرؤية بعض الدار ، أو رؤية قطعة من أثاثات حجرة دون رؤية باقي القطع أو ما شابه ذلك فإن خيار الرؤية قائم وثابت فلا يسقط برؤية هذا الجزء وقد تكلم الفقهاء كثيرا في هذا ويذنبوا أن المعتبر في رؤية كل شيء يختلف عن غيره حسب الحاجة إليه واستعماله (١) .

٤٨١ - رؤية الوكيل وأثرها في خيار الرؤية : إن كان وكلا بالشراء

فرؤيته تكفي وتغني عن رؤية موكله ، ويسقط معها خيار الرؤية ، ويصير العقد

لازماً بالنسبة للموكل ، أما إذا كان وكيلاً بالقبض فقط . فالصاحبان يريان أن حق الأصل في خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل في القبض . لأنه وكيل في القبض فقط . ولم يكن وكيلاً في إسقاط الخيار . والإمام أبو حنيفة يرى أن الوكيل بالقبض رؤيته كـ رؤية الموكل تماماً فيسقط خيار الرؤية لأنه وكيل بقبض تام ، والوكيل بالشئ وكيل بتمامه . ولذا كان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض كما سبق ، وتمام القبض يكون بإسقاط الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض (١) .

وقت ثبوت
خيار الرؤية

٤٨٢ — وقت ثبوت خيار الرؤية : هو وقت الرؤية لاقبلها فإذا أجاز العقد من غير أن يرى محله ورضى به صراحة بأن قال أجزت العقد أو ارتضيت به أو تنازلت عن خيار الرؤية ، أو أسقطت حق في خيار الرؤية فإنه عند رؤية محل العقد يثبت له حق الخيار رغم الرضا السابق بل ورغم إسقاطه للحق صراحة . لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للشترى بعد الرؤية ، فلو ثبت له حق إمضاء العقد وإسقاط الخيار قبل الرؤية لما ثبت له الخيار بعدها وهذا خلاف النص ، بل فيه هدم له .

متى ينتهى وقت
خيار الرؤية

٤٨٣ — متى ينتهى وقت خيار الرؤية : لكن هل بمجرد الرؤية يسقط حقه في الخيار إذا لم يظهر منه ما يدل على الرضاء به أو الفسخ ؟ لعل فقهاء الأحناف يتجهون في هذا وجهتين . فمنهم من يرى أن هذا الحق لا يسقط ما لم يوجد ما يدل على بطلانه ، ومنهم من يرى أنه يبقى بعد الرؤية مؤقتاً حتى يتمكن صاحب الحق من الفسخ فإذا تمكن من ذلك بعد الرؤية ولم يفسخ سقط حقه في الخيار وأصبح العقد لازماً ، ويقول صاحب البدائع في هذا وقيل إن هذا الحق يبقى ثابتاً حتى بعد الرؤية إلى أن يوجد ما يبطله من إجازة أو فسخ فيبطل أما إذا لم يوجد شيء من ذلك فيبقى هذا الحق قائماً وهو

اختيار الكرخي (١) لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضاء والحكم يبقى ما بقي سببه ، وقال بعضهم إنه يثبت مؤقتا إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره . إذا إجازة والرضاء بعد الرؤية مسقط للخيار والامتناع عن الفسخ بعد الإمكان دليل الإجازة والرضاء ، وهذا الرأي يحقق مصلحة الطرف الآخر فيستطيع أن يتبين موقفه من العقد الذي قد التزم هو به ، وإن كان في مسقطات الخيار دلالة ما يجعل وقت الخيار محدودا حتى على الرأي الأول .

٤٨٤ - أثر خيار الرؤية: من له خيار الرؤية يملك بنص الحديث أن يحيز العقد ويتملك محله ويلتزم بإخراج العوض من ملكه . كما له أن يتركه ويفسخ العقد ، ولا يتوقف ذلك على موافقة الآخر أو على حكم القضاء . رغم أنه من العقود اللازمة التي لا تفسخ بطبيعتها إلا برضاء طرفي العقد ، ومادام من حقه أن يستبد بالفسخ منفردا هكذا . فإن العقد يكون بالنسبة له غير لازم .

أثر خيار الرؤية

٤٨٥ - هل له حق الفسخ قبل الرؤية : ومادام العقد أصبح بالنسبة لمن له حق خيار الرؤية غير لازم لعدم رؤية محل العقد ، وأن من حقه أن يفسخه في أي لحظة يرى المحل فيها . فهل له أن يفسخ العقد أيضا قبل رؤية المحل ؟ نظرة الفقهاء في هذا بين مانع لأن حقه في الخيار لا يثبت إلا من وقت الرؤية ، إذ هي السبب في الخيار ، فكيف يوجد المسبب قبل أن يوجد سببه ، وفوق ذلك فإن إمضاء العقد قبل رؤيته لا اعتبار لها اتفاقا ففاسوا عليها حق الفسخ . وبين مجيز لأن العقد قبل الرؤية غير لازم بالنسبة له بحكم الشرع الذي أوجب فيه خيار الرؤية . والعقد إذا كان غير لازم بالنسبة لأحد طرفيه كان له حق فسخه ، ولأن سبب خيار الرؤية الموجب لعدم لزوم العقد هو عدم الرؤية لأنفس الرؤية وهذا متحقق قبلها ، ورجح هذا الرأي صاحب البدائع

حق الفسخ قبل الرؤية

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ ، وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ . . وملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وإنما يثبت حكما لعدم لزوم العقد . .

٤٨٦ — **عدم تجزئة الصفقة :** وعلى كل فإذا أراد أن يفسخ العقد . فلا بد من أن يفسخه جميعه فلا يجوز أن يفسخ العقد في جزء دون جزء فإذا تحققت عنده الرؤية في بعض محال العقد أو في بعض أجزائه فليس من حقه أن يجزئ فيها العقد دون غيرها إلا برضاء الآخر لأن في هذا تجزئة للصفقة عليه .

٤٨٧ — **هل لابد من علم الآخر بالامضاء أو الفسخ :** أما إمضاء العقد والرضا به فإنه لا يتوقف على علم الطرف الآخر اتفاقا لأنه حينما يتصرف إنما يتصرف في ملكه الثابت له بحكم الشرع ، وأما الفسخ فالإمام ومحمد يشترطان عليه ليكون على بينة من موقفه في العقد الذي هو ملتزم به كما قلنا ويرى أبو يوسف أنه لا ضرورة لذلك ، وعلى هذا لو فسخ العقد ثم أجازاه قبل علم الطرف الآخر بالفسخ كان العقد منعقدا وملزما لهما ولا اعتبار بالفسخ عند الإمام ومحمد ، وكان العقد منفسخا بمجرد فسخه عند أبي يوسف إذ بمجرد صدور الفسخ منه زال العقد وانفسخ من غير حاجة إلى علم الآخر بالإجازة التي صدرت بعد ذلك لم تصادف عقدا .

٤٨٨ — **هل يورث خيار الرؤية :** لا يورث خيار الرؤية لأن الخيار ثبت بنص الحديث للعاقد نفسه . والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ، ولأن الخيار وصف له فلا يجري فيه الإرث إلى غير ذلك مما سبق ذكره في خيار الشرط من أنه مجرد رغبة ومشية وهو عرض والعرض لا ينتقل فلا يكون محلا للتوريث إذ الإرث يكون فيما ينتقل (١) .

خيار الرؤية
لا يورث

(١) الزبلي ج ٣ ص ٣٠ ، الفتح والعناية عليه ج ٥ ص ١٤٩ .

مسقطات خيار
الرؤية

٤٨٩ — مسقطات خيار الرؤية^(١) : ما يسقط حق خيار الرؤية جعله الفقهاء قسماً لا أثر له إذا كان قبل الرؤية وهو :

١ — يسقط الخيار بالإجازة الصريحة كأن يقول بعد الرؤية أجزت العقد أو ارتضيته ، أو لا اعتراض لي عليه .

٢ — وبما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف في محل العقد تصرفاً يجعل عليه حقاً للغير كأن يقبض العين ويراها من غير أن يفسخ ، فإن القبض يشبه العقد فالقبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وكذلك إذا تصرف فيه تصرف الملاك .

٣ — إذا كان المبيع عقاراً أو ما في حكم العقار وبما تثبت به الشفعة ، وبيع عقار بجواره ، وطالب بالشفعة بسببه فإن كان ذلك بعد رؤيته فإنه يدل على الإجازة دلالة ويسقط به خيار الرؤية أما إذا كان قبل الرؤية فهو لا يسقط حق الخيار لأنه ليس بأعظم شأناً من الإسقاط الصريح .

(ب) وقسم يسقط حق الخيار به سواء أ كان قبل الرؤية أم بعدها .

١ — أن يتصرف في محل العقد تصرفاً يتعلق به حق الغير كرهنه وهبته مع التسليم أو يبيعه بيعاً باتاً وإجارته ووقفه وغير ذلك .

٢ — هلاك المحل أو تعيبه جميعه أو بعضه وهو في يد الممتلك وكذلك زيادته في يده .

٣ — وأخيراً موت من له الخيار سواء أ كان قبل الرؤية أم بعدها .



(١) البدائر ج ٥ ص ٢٩٥ — ٢٩٧ ، الزيلعي ج ٤ ص ٢٥ و ٢٦ ، الفتح ج ٥ ص

الفصل الرابع

خيار العيب (١)

٤٩٠ - **تعريفه وسببه** : قد يحدث أن يتعاقد الشخص على شيء من غير خيار العيب أن يتبين ما فيه من عيب يخل به أو ينقص من قيمته ، أو يفوت عليه غرضه قصده فيها مما يجعل رضاه به غير موفور ، ولو كان علم به وقت التعاقد لما أقدم عليه أصلا ، أو لما ارتضاه بما ارتضاه به . فاعتبر الشارع مثل هذا خلافا في العقد يرتفع معه الرضا الذي هو أساس التعاقد . إذ الرضا به إنما يكون على أساس سلامته مما اكتشفه من عيب ، ولذا بسط الشارع حمايته على هذا التعاقد وشرع له خيار العيب ليتمكن من فسخ العقد ويسترد عوضه مستبدأ بهذا الفسخ عند ظهور ما كان فيه من عيب لا يعلمه ولا يرتضيه . فسبب مشروعية هذا الخيار هو وجود العيب وعدم الرضا به .

٤٩١ - **تعريفه** : العيب في اللغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب ، ويراد به في الاصطلاح الفقهي ما ينقص القيمة عند التجار ويمكن القول . بأن خيار العيب هو أن يكون لمن يملك شيئا ما يتعين بالتعيين ويجده معيبا بعيب خفي عليه وقت التعاقد حق فسخ العقد وعدم الالتزام به .

٤٩٢ - **ما يعتبر عيبا** : وليست العيوب كلها سواء في إعطاء حق الخيار في فسخ العقد للمتملك وجعل العقد معها غير لازم بالنسبة له . بل منها ما يغتفر ، ولا يكون ذا أثر في لزوم العقد ، ولا يتزعزع معه الرضا ، ومن العيوب ما لا يغتفر ويتعيب محل العقد به كشروء في البعير ، أو تفوت مع وجوده رغبة للعاقد فيه كأن تشتري حذاء فتجده ضيقا ، أو تشتري شاة للأضحية (١)

(١) الأضحية : اسم لما يذبح أو ينحر من النعم تقربا إلى الله أيام النحر . يقول صاحب الهداية ج ٤ ص ٥٨ « لا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تعفى إلى المنسك ؛ ولا الجعاء ؛ ولا تجزء مقطوعة الأذن والذنب » .

فتجدها مقطوعة الأذن مثلا ، أو تنقص قيمة السلعة مع وجود العيب كعرج في الدابة أو عور ، إلى غير ذلك بما لا يتحقق معه الرضا . وفي هذا يقول صاحب الهداية « كل ما أوجب نقصا من الثمن في عادة التجار فهو عيب ، لأن الضرر بنقصان المالية ، وذلك بنقصان القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهل الخبرة ، ويقول صاحب البدائع « فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ، وما لا فلا .

٤٩٣ — روى : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له ، وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد مر برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول فقال « من غشنا فليس منا » ، وما روى أن رجلا ابتاع غلاما قام عنده مدة ثم وجد به عيبا فخاصم البائع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فردّه عليه فقال الرجل يا رسول الله لقد استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » ، ومع هذا فالتعاقد على شيء معيب مع إخفاء ما فيه من عيب يعتبر غشا وتديسا لا يقره الشرع فكان تشريع خيار العيب لدفع مثل هذا .

دليله

٤٩٤ — من يثبت له وطريقه : والذي يثبت له خيار العيب هو الممتلك الذي ستنقل إليه ملكية محل العقد إذ هو الذي سيقع عليه الضرر . بشرط أن يكون قد خفي عليه العيب وقت التعاقد أو القبض ولم يصدر منه ما يدل على رضائه به ، وهذا الخيار يثبت من غير اشتراطه في العقد صراحة . لأن الأصل في التعاقد أن يكون محل العقد سليما من أي عيب خفي على المتعاقد . فإذا وجد به عيب يفوت على العاقد غرضه أو ينقص من قيمة محل العقد أصبح الرضاء به غير محقق فاعتبر هذا في العقد من غير اشتراطه ما دام لم يحدث الرضاء به أو إبراء الآخر نفسه منه .

طريق اشتراطه ومن يشترط له

٤٩٥ — ما يثبت فيه خيار العيب من العقود : وخيار العيب إنما يعتبر من الشارح في عقود المعاوضات التي يتعين فيها محل العقد بالتعيين ، وهي كما قلنا في خيار الرؤية . في عقود الشراء والإجارة ، وقسمة القيميات ، والصلح

العقود التي يثبت فيها خيار العيب

عن دعوى مال (١) ، وأيضا فإذا كان العوض سلعة . فإن خيار العيب يثبت فيه لمن سيملكه إذا كان بالعوض عيب فإذا باع شخص فرسا لآخر وأخذ نظيره سيارة ثم ظهر في الفرس عيب خفى على المتعاقد ، كما ظهر في السيارة عيب خفى على الآخر فإن خيار العيب يثبت لكل منهما لأن كلاهما ممتلك كما يثبت أيضا خيار العيب للملك إذا كان محل العقد قد امتنع رده لنقصانه مثلا أو تعيبه في يد الآخر فإنه مخير بين أن يسترده بحالته ويرد جميع الثمن ، أو يمسكه الآخر بعيبه ويرجع بقيمة النقصان الذي كان فيه عند التعاقد .

قد يكون الخيار للملك

٤٩٦ - ما يشترط لثبوت خيار العيب : (٢) اشترط الفقهاء أمورا إذا توافرت في عقد ثبت فيها خيار العيب . لأنها تكون الدليل القاطع على أن العقد قد تم على أساس السلامة . هذه الشروط هي : -

شروط ثبوت خيار العيب

١ - ثبوت العيب عند التعاقد أو بعده قبل تسليم محل العقد . فلو حدث بعد استلام محل العقد عيب لم يكن موجودا من قبل لا يثبت الخيار لأن خيار العيب يثبت بسبب وجود العيب قبل الاستلام الذي تصبح معه السلامة

١ - وجود العيب من قبل الاستلام

(١) وجاء في حاشية ابن عابدين « أنه يثبت في الشراء ، والمهر ، وبديل الخلع ، وبديل الصلح عن دم العمد ، وفي الإجارة ، ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البيع ، وفي القسمة ، والصلح عن مال . » ج ٤ ص ٧٨ .

هذا وللزوجة حق طلب فسخ عقد الزواج بسبب العيب إذا وجدت المرأة زوجها عينا أو مجبورا أو خصيا وزاد محمد ابن الحسن إذا كان مجنونا أو مجذوما أو أبرص وهذا ما يسميه الفقهاء التفريق بسبب العيب . ويقول ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين « كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار وموضعه في دراسة العام القادم . والمحاكم الشرعية الآن بمقتضى المادة رقم ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ جعلت للزوجة فقط حق طلب التفريق للعيب وحددت العيوب

راجع كتاب الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٥٦ لفضيلة الأستاذ الشيخ أبو زهرة (٢) الدائم ج ٥ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ . ثم تجد له كلاما بديعا في اشتراط بقاء العيب وثبوته عند التملك حتى وقت طلب الفسخ ، وقد فرغ كثيرا على اشتراط الملك البراءة من كل عيب ، وأنبع ذلك بالكلام عن اختلاف المتعاقدين في وقت ظهور العيب ، وطريق إثباته إن كان العيب خفيا أو كان ظاهرا .

مشروطة في العقد دلالة من غير نص ، ومادام التعاقد تم وليس بمحل العقد عيب فلا معنى لثبوت الخيار .

٢ — بقاء هذا العيب وثبوته بعد قبض محل العقد وعند طلب الفسخ ولا

٢ — بقاء العيب عند طلب الفسخ

يكتفى بالثبوت عند المملك لثبوت خيار المملك بل يجب أن يكون العيب باقيا في محل العقد عند طلب الفسخ بسببه فلو كان العيب موجوداً خافياً على المشتري مثلاً ثم زال ولم يترك أثراً قبل قبضه فلا يثبت بسببه خيار العيب ولا يملك فسخ العقد لسبب ذلك فإذا كان المبيع فرساً وكان به عرج لم يكتشفه المشتري وتم العقد لكنه لم يتسلمه بعد . أو جدّ به العرج بعد الشراء وقبل استلام المشتري له ثم عند استلامه زال عنه العرج فإنه لا يعتبر هذا عيباً موجبا للفسخ أما إذا استمر معيباً حق له الفسخ لسببه .

٣ — جهل المملك بوجود العيب عند العقد ، وعند القبض فإن علم به

٣ — جهل المملك بالعيب

عند أحدهما فلا خيار له لأن الإقدام على التعاقد مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا إذا علم بالعيب بعد العقد وقبل القبض لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض . فتحقق العلم عند القبض كتحقيقه عند العقد .

٤ — أن لا يشترط المملك عند التعاقد براءة من أى عيب يوجد في

٤ — عدم إبراء المملك من أى عيب

محل العقد فإن اشترط ذلك وقبل الآخر فلا يثبت له خيار العيب عند اكتشافه لأى عيب فيه . لأن الإبراء من أى عيب يحيزه الأحناف ، ولا يرون فيه جهالة مفضية إلى نزاع (١) .

٥ — أن يكون العيب مما ينقص قيمة التعاقد عليه أو يفوت وجوده

مصلحة على العاقد يقصدها من العقد .

٤٩٧ — حكم العقد مع خيار العيب : عرفت أن العقود التي يدخلها خيار

حكم العقد مع خيار العيب

العيب هي من العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ إلا برضاء طرفي العقد ، ومن

(١) الشافعي لا يحيز الإبراء من أى عيب إلا إذا عدد العيوب التي يرغب الإبراء منها . لأن

في هذا الإطلاق جهالة قد تنضى إلى المنازعة .

المعلوم أن العقد قبل ظهور العيب نافذ فيترتب عليه أثره من نقل الملكية غير أنه بظهور العيب تبين أن الرضا الذي تم على أساسه العقد لم يكن على اعتبار وجود العيب، وبوجوده يختل الرضا. لأن سلامة محل العقد هي دليل الرضاء وأساسه فإذا انتفت سلامة المحل انتفى الرضاء تبعاً. ويدل على ذلك صاحب البدائع بالآتي: لأن غرض العاقد الانتفاع بمحل العقد على وجه يحقق رغباته ولا يتكامل هذا الانتفاع إلا إذا تأكدت سلامة محل العقد، ولذا كان ذلك مقصوداً في التعاقد من غير أن ينص عليه صراحة، ولأن العاقد لم يخرج من ملكيته جميع ما اتفقاً عليه من عوض إلا ليسلم له محل العقد كاملاً فالسلامة فيه وإن لم تشترط في العقد صراحة فهي مشروطة فيه دلالة. فكانت كالمشروطة نصاً، وفوق ذلك فإن العقود التي يثبت فيها خيار العيب هي من عقود المعاوضات وهي تقتضي المساواة، وتحقيق المساواة في مقابلة سلامة أحد العوضين بسلامة الآخر. فكان إطلاق العقد مقتضياً السلامة، وعدم توفر السلامة يتبعه عدم توفر الرضا لأنها أساس فيه كما قلنا وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم. . ، فانعدام الرضا يمنع صحة العقد واختلاله يوجب الخيار فيصير العقد بذلك غير لازم بالنسبة للمتملك ومن حقه أن يقبل العيب، ومن حقه فسخ العقد.

٤٩٨ - قبول العيب والالتزام بالعقد: إذا رضى المملك بالعيب والتزم العقد فليس من حقه أن يرجع بشيء على المملك نظير النقصان، لأنه ما قبل أن يخرج محل العقد من ملكه إلا ليتملك هذا العوض كاملاً وانقصه عليه إضرار به لم يقبله وقت التعاقد، ولا ينبغي أن نرفع ضرراً عن أحد العاقدين لنوقع الضرر بالآخر. أما إذا حط مثلاً البائع شيئاً من الثمن من تلقاء نفسه عن المشتري نظير ما ظهر في المبيع من عيب فإن هذا يكون بمحض اختياره ورغبته، ولذا تجد الأحناف يخبرون المشتري هنا بين قبول العيب من غير

من له الخيار إما أن يفسخ العقد جميعه أو يقبله جميعه

إنقاص شيء من الثمن ، وبين رد المبيع لصاحبه واسترداد الثمن ، وعلى هذا المالكية والشافعية لكن ابن حنبل ذهب إلى إجازة الاحتفاظ بمحل العقد والرجوع على الآخر بما يقابل النقصان .

٤٩٩- إذا ثبت العيب ورغب في الفسخ : أما إذا رغب من يثبت له الخيار إذا رغب في الفسخ استبد به قبل القبض مع إخبار الآخر

في الفسخ فقد يكون طلب الفسخ اختيارياً كقوله فسخته أو نقضته ، ويكون اضطرارياً كهلاك المعقود عليه قبل تسليمه وعلى كل فإن كان محل العقد في يد المملك ولم يتسلمه المملك بعد فإنه يستبد بفسخه منفرداً بمجرد التلفظ بما يدل على رغبته في الفسخ وعدم رضائه بالعيب من غير حاجة إلى رضائه الآخر أو إلى حكم القضاء ، وكل ما يشترطه الأحناف هو مجرد إخبار الآخر بالفسخ وعدم تجزئة الصفقة عليه (١) . أما إذا كان المملك قد تسلم محل العقد فعلاً ورغب في الفسخ فلا بد أولاً أن يكون محل العقد لم يحدث به ما يمنع معه الرد ، وأن يكون الفسخ في هذه الحالة إما بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد وإما بواسطة القضاء . لأنه قد يكون هذا محل جدل ونزاع بينهما فقد ينكر عليه أن العيب كان في محل العقد قبل تسليمه له ويعلل لذلك صاحب البدائع بقوله : إن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها لأنه يرفع العقد ، والعقد لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضائه الآخر أو قضاء القاضي . بخلاف ما قبل القبض لأن الصفقة قبله ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول ، وخالف الشافعي في ذلك ولم يفرق بين الحالين ، وجعل حق الفسخ للمملك يستبد به منفرداً من غير حاجة إلى قضاء أو رضائه سواء أكان محل العقد في يده أم كان في يد الآخر ، وقاس ذلك على خيارى الشرط والرؤية ، وإلى هذا الرأي ذهب ابن حنبل .

إذا كان بعد القبض

الأحناف

الفسخ بعد القبض بالانضاء أو الرضاء عند الأحناف

الشافعي وابن حنبل كالفسخ قبل القبض

٥٠٠ - التراضي على رد المبيع بعرقبضه لعيب يعتبر بيعاً بالنسبة للغير :
 لو رده بالعيب
 بالرضا بعد
 القبض اعتبر بيعاً
 في حق الغير
 ، إنه إذا رد محل العقد بعد القبض لظهور عيب فيه وكان الرد برضاء
 الآخر وقبوله اعتبر ذلك بيعاً في حق الغير وفسخا في حقهما فإذا كان المبيع
 الذي ظهر فيه العيب بعد القبض ورد إلى البائع بالرضا عقاراً وله شريك
 أو جار حق له أن يطلب بالشفعة فيه بخلاف ما إذا كان قبل القبض أو بعده
 لكن من غير رضا وإنما بحكم القضاء .

٥٠١ - لو باع المشتري العين لا مهر فردها عليه بعيب فيها من الأصل :
 ظهور العيب بعد
 أن يبيعها المشتري
 لو اشترى شخص سلعة بها عيب خفي عليه ثم باعها قبل القبض لآخر
 فاكتشف ما فيها من عيب فردها إليه كان من حقه أن يردّها هو بالتالي على
 البائع الأصلي . أما إذا كان ذلك بعد القبض فعند الشافعي له الرد أيضاً، وعند
 الأحناف له ذلك إذا كان الرد بقضاء القاضي أما إذا كان بالتراضي فليس له
 أن يردّها عليه منعاً لاحتمال إيقاع الإضرار به .

٥٠٢ - الخصم عند التنازع في العيب : إذا كان عقد بيع وفي المبيع عيب
 من الذي يخاصم
 بالعيب
 ظهر بعد القبض وعارض البائع في رده واحتاج الآخر إلى المخاصمة أمام
 القضاء فإن الدعوى ترفع على البائع سواء أكان حكم العقد يرجع إليه أم
 إلى غيره فإن كان البائع وكيلًا وأضاف العقد إلى نفسه ، وكان من أهل العهدة
 والالتزام أو كان البائع أبا أو وصيا من قبله فإنه هو الذي يخاصم بخيار العيب
 لأن حقوق العقد كما قلنا ترجع إلى من باشر العقد في هذه الحالة ، والخصومة
 في العيب من حقوق العقد ، وعلى كل فإن الوكيل أو من في حكمه إذا خوصم
 في هذا ورد عليه البيع رده على موكله (١) .

(١) إن كان الحكم بني على أساس بينة أو نكول لزم الموكل ، وإن كان بني على إقرار
 ينظر إن كان العيب لا يحدث مثله يرد على الموكل وإن كان يحتمل أن يكون قد حدث عند
 المشتري فلا يلزم الموكل حتى يقيم البينة . البدائع ج ٥ ص ٢٨١ .

٥٠٣ — ما يمنع الرد ويسقط به الخيار : ١ — الرضاء بالعيب بعد العلم به

ما يمنع الرد
ويسقط به الخيار

صراحة كأن يقول المشتري رضيت بالعيب وما يشبه ذلك ، أو دلالة كأن يتصرف في المبيع بما يدل على الرضاء بالعيب كما إذا كان ثوبا فصبغه أو قماشا فخاطه أو دقيقا فصنعه خبزا إلى غير ذلك أو أن يتصرف تصرفا يخرج عن ملكه . كأن يبيعه أو يهبه مع التسليم . أى أن كل تصرف من الممتلك في المعقود عليه يدل على الرضاء بالعيب مسقط للخيار ومن هذا أيضا إسقاط الخيار صريحا ، أو ما في حكم الصريح كأن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو التزمت العقد أو أوجبته ، ومن هذا أيضا أن يبرئ الممتلك المملك من العيب إذ الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط لأن خيار العيب حقه والإنسان حر في استيفاء حقه أو إسقاطه .

— ١ —
الرضا بالعيب
والإسقاط للخيار

٢ — هلاك المعقود عليه في يد من له خيار العيب إذ بعد هلاكه تعذر الرد وامتنع ، وكذا إذا كان قد نقص أو تعيب في يد الممتلك لأنه بهذا يصير معيبا بعيب آخر من قبله وكذلك إذا كان المعقود عليه قد حدثت به زيادة لا يمكن معها الرد (١) . فإذا امتنع الرد للأسباب المتقدمة فإنه لا يمكن فسخ العقد . فهل يبقى المعقود عليه في يد الممتلك بما يقابله من عوض كاملا أو يكون له الحق في أن يسترد من المملك ما يقابل هذا النقصان؟ توجد حالتان.

— ٢ —
نقصان المعقود
عليه أو زيادته
أو هلاكه

إذا امتنع الرد

٥٠٤ — قد يمنع الرد ولا يسترد شيئا : إذا كان المانع من الرد جاء من

لتزم بالمعقود عليه
بكل العوض

جهة الممتلك نفسه كأن يحجز العقد رغم العيب وعلمه به ، أو يسقط الخيار أو يبرئ منه الممتلك ، أو يتصرف فيه تصرفا يخرج عن ملكه ، أو يغير فيه بالزيادة أو النقصان ، وبالجملة أن يحدث منه ما يدل على قبول المعقود عليه بما فيه من عيب صراحة أو دلالة . فإن العقد يلزمه ولا يملك هنا أن يردده

(١) إما أن تكون الزيادة قد حدثت قبل القبض أو بعده وهي إما متصلة متولدة كالسمن والكبر أو غير متولدة كالصباغة للثوب والياض للدار . أو تكون منفصلة متولدة كولد الدابة وثمره الشجرة . أو غير متولدة من الأصل كالنلة . راجع تفصيل ذلك في البدائع ج ٥ ص ٢٨٣ إلى ٢٨٦

وليس من حقه أن يرجع عليه بفرق النقصان لأن امتناع الرد جاء منه مع علمه بالعيب. والمعقود عليه قد خرج من ملك صاحبه نظير كل العوض ، وقد كان من الجائز أن يسترده صاحبه ويرد جميع العوض لو لم يتصرف فيه .

٥٠٥ - **فد بمتنع الرد ويرجع بما يقابل النقصان** : أما إذا كان الممتلك لا يعلم بالعيب وتصرف فيه بما ينقصه أو حدث به عيب أو هلك أو تغير عنده بما يخرج عنه حاله . فإن الرد لا يمكن (١) إلا إذا كان في حالة النقصان وتعيبه بعيب آخر يقبل الممتلك استرداده ورد جميع العوض لأنه هو الذي يتضرر بالرد (٢) وكذا إذا كان محل العقد قد حدثت به زيادة في يد الممتلك من غير أن يكون عالما بما فيه من عيب . كأن يكون محل العقد ثوبا فيصبغه ، أو داراً فيطلى جدرانها أو دابة فتلد أو شجرة فتثمر إذ في جواز الرد هنا شبهة الربا ولذا كان منع الرد هنا لحق الشارع فوق حق الممتلك . فيمتنع الرد ويرجع عليه بالنقص فيقوم المبيع وقت العقد سليماً وكذا يقوم وقت العقد معيباً ثم يؤخذ الفرق بينهما وينسب لقيمتة سليماً وقت العقد ويضرب في الثمن فينتج قيمة النقصان كما سبق بيانه في الشفعة .

٥٠٦ - **موت من له خيار العيب** : إذا مات من له خيار العيب قبل أن يعرف بالعيب أو يظهر رأيه . فإن حق الخيار هنا يثبت للورثة ابتداءً كما قلنا في خيار التعيين ، لأن مورثهم استحق المبيع سليماً ، والوارث خليفة المورث ، ومن حقه أخذ المعقود عليه سليماً ، وإلا فلا ، والمذاهب الأخرى وإن كانت أثبتت الخيار للورثة أيضاً فإنه عندهم بالميراث عن مورثهم . وبذا تجد قاعدة الأحناف مضطربة في أن الحقوق التي هي مجرد رغبات لا تورث .

(١) يقول صاحب البدائع ج ٥ ص ٢٨٣ « وقال له أن يردده ويرد معه نقصان العيب الجديد لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشتري . . . إلى آخره »
(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٨٩ وما بعدها .

الفصل الخامس

عيوب الإرادة وأثرها في العقد

٥٠٧ - عيوب الإرادة وهي: **الفسخ** : نختتم كلامنا عن العقد بصفة

عامة بما يعيب إرادة العاقد ، ويؤثر على الرضاء بما هو خارج عن محل العقد ، عيوب الإرادة وأثرها في العقد وعن أهلية العاقد وولايته وهذه العيوب هي: الغلط، والغبن والتغريب. والإكراه والإرادة مع هذه الأمور وإن كانت موجودة حقيقة وفعلاً إلا أنها وجدت نتيجة إكراه وتهديد من يقدر على الإيذاء ويملكه، أو وجدت نتيجة إغراء وخديعة، ووصف محل العقد بما ليس فيه، وإعطائه من الصفات والمحسنات ما يدفع المتعاقد إليه رغبة فيما وصف به مع أنه من غير هذه الأوصاف المكذوبة لا يساوى هذه القيمة ، أو وجدت الإرادة نتيجة تصور محل العقد وفهمه بغير حقيقته وهي باعتبار أثرها في العقد تشبه الخيارات وسنبين هنا هذه الأمور بكل إيجاز .

الغلط في محل العقد

٥٠٨ - **تعريف الغلط** : يقال في اللغة غلط في منطقه غلطاً أخطأ وجه الصواب. ١ - الغلط في المعقود عليه والذي نقصده هنا بالغلط أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو وصف غير حقيقته التي هو بها وقد يكون في جنس المعقود عليه أو في وصفه . (١)

٥٠٩ - **الغلط في جنس المعقود عليه أو وصفه** : وهذا كمن يشتري خاتماً معروضا أمامه يعتقد أنه من الذهب ثم يتبين أنه من النحاس ، أو يشتري حافظة على أنها من الجلد ثم يتبين أنها من الورق المقوى أو قماشاً أو ثوباً على أنه من الحرير ثم يتبين أنه من القطن ، أو قرطاً على أنه من الماس فإذا به من الزجاج إلى غير ذلك أو كأن يشتري لحماً من القصاب على أنه من خروف في جنسه

(١) ويرف الدكتور السهوري عندما تكلم عن المواد من ١٢٠ إلى ١٢٥ التي تتعلق بهذا الموضوع . فيقول في الوسيط ص ٢٨٩ « هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع .

فإذا به من شاة ، أو يشتري بقرة من السوق أمامه على أنها حلوب فإذا بها خالية من اللبن . أو حذاء على أنه من جلد كذا فإذا به من جلد آخر ، مما يكون منشأ الغلط فيه تصور العاقد نفسه للشيء . بغير حقيقة جنسه أو وصفه دون تغيير من الآخر .

٥١٠ - قد يكون هذا الغلط في النفس وقد تظهره الصيغة : قد يتصور العاقد هذا في نفسه دون أن يظهر عقيدته كأن يذهب إلى تاجر الأقمشة فيرى قماشا معروضا ويعاينه ويشتري منه من غير أن يسأل عن صفه أو يشتري من القصاب مقدارا من لحم معروض أمامه من غير أن يسأل عن نوعه أو يشتري حافظة شاهدها أمامه من غير أن يسأل عن خاماتها ، وهو يعتقد أن القماش من الحرير وأن اللحم من شروف وأن الحافظة من الجلد ثم يظهر له بعد ذلك أنها غير ما كان يعتقد . فالعقد صحيح ولا أثر مطلقا لما كان يعتقد في نفسه ما دام لم يغرر به أحد أما إذا نص صراحة وأظهر ما يعتقد فأشار مثلا إلى خاتم معروض وقال اشتريت هذا الخاتم الذهب بمبلغ كذا وقال الآخر قبلت ، أو أشار للقصاب على ذبيحة معلقة وقال اشتريت هذا الخروف بكذا فقال الآخر قبلت ثم تبين أن الخاتم ليس من الذهب وإنما هو من النحاس وأن هذه الذبيحة التي أشار إليها كانت شاة لا خروفا إلى غير ذلك فإن العقد يتأثر بهذا . ويكون هذا الغلط عيبا معتبرا في العقد غير أن الحكم يختلف بين ما إذا كان الغلط في جنس المحل أو في وصف من أوصافه .

٥١١ - حكم العقد مع الغلط في نفس المحل : إذا كان جنس المعقود عليه غير ما أراده العاقد بعبارته . فإن العقد يكون باطلا ، ولا يترتب عليه أثره الشرعي إذ أن العقد غير موجود باعتبار أنه سبب في الحكم لأن محل العقد الذي ذكر في الصيغة غير موجود أصلا وفوات الجنس يعتبر فواتا

لا يظهر ما يعتقد في محل العقد

يظهر ما يعتقد فيه عند التعاقد

حكم العقد مع الغلط في جنس المعقود عليه

للمحل رأساً ولا بد للعقد من وجود محل يتم عليه التعاقد ، والموجود غير جنس المطلوب .

٥١٢ - حكم العقد مع الغلط في وصفه : أما إذا كان الغلط في وصف

حكم العقد مع
الغلط في أوصاف
المعقود عليه

اتصف به محل العقد . فإن العقد ينعقد صحيحاً لأن محله موجود غاية الأمر أن يكون غير ملزم له لفوات الوصف الذي هو بمثابة شرط ، ومن حق من وقع الغلط في جانبه أن يفسخ العقد . يقول صاحب الهداية (١) : إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة ينعقد البيع ويتخير . والقاعدة أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى لا بالمشار إليه ، ويبطل العقد لانعدام المحل المسمى ، وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجود المحل ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب ، والفسخ بسبب فوات الوصف لا يكون إلا في العقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها كالبيع والإجارة (٢)

الغبن والتغريب وأثرهما في العقد

٥١٣ - تعريف الغبن والتغريب : جاء في المصباح ، غبنه في البيع

— ٢ —
الغبن والتغريب

والشراء غبناً مثل غلبه أي نقصه ، وغبن فهو مغبون أي منقوص في الثمن أو غيره ، والغرر هو الخطر ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وغرته الدنيا غروراً خدعته بزيتها وغرته أي جاهل بالأمور غافل عنها . والمعنى الفقهي الذي نعنيه للغبن أن تكون الموازنة بين العوضين غير عادلة إذ أحد العوضين قابل عند التعاقد بأقل من قيمته بين الناس كأن تشتري

(١) ج ٣ ص ٣٧ و ٣٨ في البيع الفاسد ، وكذا الزيلعي ج ٤ ص ٥٣ وغيرهما من كتب

الفقه عند كلامهم عن البيع الفاسد ، مرآة الأصول ص ٣٥٨ ، التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٤

(٢) أما العقود التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها كالزواج فلا تتأثر بفوات الوصف جاء في

الجوهرية على القدوري ج ٢ ص ٧٩ « وإذا كان بالمرأة عيب فلا خيار لزوجها وعند الشافعي

يثبت الخيار بالعيوب الخمسة الجنون والجزام والبرص والقرن . وإذا تزوج بها على أنها بكر

شابة جميلة فوجدتها غير ذلك فلا خيار له كذا في المبسوط »

شيئاً قيمته مائة قرش بمبلغ ستين أو خمسة وتسعين أو مائة واثنين أو مائة وخمسين قرشاً مثلاً فإذا كان الفرق يسيراً وهو ما يدخل في تقويم المقومين وتقديرهم اعتبر غبناً يسيراً ، وإلا فإذا كان لم يدخل في تقديرهم وتقويمهم فهو غبن فاحش (١) وعلى هذا فإذا اشتريت مائة بمائة واثنين مثلاً ، فيكون غبنك يسيراً وإن اشتريته بثمانية وتسعين فغبن البائع يسيراً .

٥١٤ — وأما التفسير: فنقصد به إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود

التفسير

عليه وهو يعتقد أنه قد أخذه بأقل من قيمته بينما الواقع غير ذلك . كأن تقدم على شراء شيء أو بيعه أو استئجار شيء أو تأجيره نتيجة تأثير إعلانات أو إغراء العاقد الآخر أو وسيط دسّاس ، فيحسن لك الصفقة ، ويدخل في نفسك أنها لصالحك وأن قيمتها أكثر من ذلك ، أو أن تندفع في شراء شيء تجده غيرك يزيد في ثمنه أو يمتدح فيه ، ثم تجد المعقود عليه أمراً عادياً ، أو أنك غبنت فيه نتيجة هذا الإغراء والخديعة .

٥١٥ — حكم العقد مع كل منهما: أما التفسير بمفرده فلا أثر له في

حكم العقد مع كل
من الغبن أو
التفسير .

العقد مطلقاً ما دام المعقود عليه قبل بقيمته أو بغبن يسير وكذا الغبن بمفرده إن كان يسيراً فلا أثر له في العقد باتفاق الفقهاء لأنه مما لا يخلو التعامل منه مطلقاً (٢) وكذا إن كان فاحشاً على الراجح عند الأحناف (٣) إذ يرون أن غبنه ناشئ من تقصيره في حق نفسه وتركه الاحتياط . إلا إذا كان هذا العقد ورد في أموال المحجور عليهم أو الأوقاف أو بيت مال المسلمين لأن التصرف فيها مصدره

(١) وفي تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش أقوال كثيرة غير ما ذكرناه فارجع إلى البدائع

ج ٦ ص ٣٠

(٢) إلا إذا باع المدين بدين مستغرق شيئاً من ماله بغبن ولو يسير ، وكان محجوراً عليه أو مريضاً مرض موت فإن للدائنين فسخ العقد فوراً ، أو بعد وفاة المريض إلا إذا رفع الغبن ودفعت القيمة كاملة .

(٣) غير الأحناف يحيطون العقد غير لازم بالنسبة لمن غبن غبناً فاحشاً في بعض العقود ولو لم يكن نتيجة تقرير .

من له ولاية التصرف فيها . وتصرفه منوط بالمصلحة فقط ففي هذه العقود يتأثر العقد بالغبن الفاحش بمفرده باتفاق الفقهاء ويكون العقد معه فاسداً على الرأى الصحيح .

٥١٦- إذا أنتج التفرير غبناً فامسأ : أما إذا كان الغبن الفاحش نتيجة إغراء من العاقد الآخر أو من وسيطه سمسار مثلاً ، فإنه على الراجح عند الأحناف أن يكون للمغبون حق الفسخ لأن الغبن جاء نتيجة تغرير وخديعة . وفي هذا يقول الزيلعي^(١) وقد قالوا في المغبون غبناً فاحشاً له أن يرده على بائعه بحكم الغبن . وقال أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا . ويفتى برواية الرد رفقا بالناس . وكان صدر الإسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع إن قال للمشتري قيمة متاعى كذا . أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره وإن لم يقل ذلك فليس له الرد ، وقال بعضهم : لا يرد به كيفما كان . والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا .

الغبن الفاحش
نتيجة إغراء

٥١٧- أثير الغبن والتفرير في العقد : وبذا نستطيع أن نقول إن الغبن أو التفرير كلاهما لا يعتبر بمفرده عيباً من عيوب الإرادة فلا يترتب على أحدهما حق فسخ العقد على أساس ظاهر الرواية . ولكن إذا اجتماعاً في عقد واحد وكان أحدهما مرتبطاً بالآخر أى نتج عن التفرير غبن فاحش فهما معاً يكونان عيباً في الإرادة والرضا بالعقد مما يؤثر في لزوم العقد ويرتب لمن في جانبه هذا الغبن التدليس أو التفرير الغابن خيار فسخ العقد أو إجازته .

الغبن التدليس
بمجرد الفسخ

٥١٨- طبيعة العقد وهذا العيب : وهذا العيب الذى أشرنا إليه بالتفرير الغابن لتكونه منهما معاً على الراجح إذا دخل في عقد مبادلات مالية كالبيع

طبيعة العقد بالنسبة
للغبن والتفرير

(١) ج ٤ ص ٧٩ ، ونجد مثل هذا في الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٩٥ وتطبيق الحموى عليه في نفس الصفة .

والإجارة فإنه يخرجها عن طبيعتها ويجعل العقد غير لازم بالنسبة للمغرور المغبون . أما إذا كان في عقد الزواج فإنه لا أثر له لأن عقد الزواج لا يقبل الفسخ ، وفوق ذلك فليس في الزواج معاوضات مالية لأن المهر ليس من أركان الزواج (١) وإنما هو حكم ألحقه الشارع به وقد سبق الكلام عن ذلك

الإكراه

٥١٩- تعريفه : جاء في المصباح ، يقال أكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً ، والمعنى الفقهي لا يبعد عن هذا . إذ يقصد به إجبار الشخص على أن يأتي أمراً قولاً كان أو فعلاً من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعاً . وفي هذا يقول صاحب الاختيار ، هو الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضر منه ، (٢) وقال صاحب المبسوط إن بعض الفقهاء شبه عقد المكره بعقد الهازل من ناحية عدم توفر الرضا بالحكم فيها مع وجود القصد والاختيار ، وبعضهم يشبهه بالعقد الذي دخل عليه خيار الشرط . فإن رضاء العاقد بالحكم ينعدم مع وجود خيار الشرط وإن كان العقد نفسه موجوداً .

٥٢٠- متى يعتبر الشخص مكرهاً : والشخص لا يعتبر مكرهاً إلا إذا كان من يكرهه قادراً على تنفيذ ما هدد به ، وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المكره جاد فيما يهدده ، وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يدعن لإرادته وينفذ ما أمره به مما لا يرغب في فعله ولا يجب عليه عمله .

متى يعتبر الشخص مكرهاً

(١) وقد تناول القانون الكلام عن هذا الموضوع تحت عنوان التدليس في المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ وقد تكلم الدكتور السنهوري في الوسيط ص ٣١٨ عن علاقة التدليس بالغلط .
(٢) راجع في هذا . الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ٢٧٥ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ وما بعدها البدائم ج ٧ ص ١٧٥ وما بعدها ج ٣ ص ٢٢٢ وما بعدها ، الدرر شرح الفرج ج ٢ ص ٢٦٩ وما بعدها ، الزيلعي ج ٥ ص ١٨٢ إلى غير ذلك ، مراة الأصول ص ٣٥٩ ، والتوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٦ .

٥٢١ - ممن يتحقق الإكراه : يرى الإمام أبو حنيفة أن الذي له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان لا غير إذ هو وحده الذي يملك تنفيذ ما توعد به ويهدد من غير أن يمنحه أحد ، وبذا يكون من وجه إليه التهديد مكرها على فعل ما طلب منه دون رغبة منه أو إرادة ، ويرى الصاحبان أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه ، وأن يغلب على ظنه قدرته على فعل ما توعد به وجديته في ذلك . وفي هذا يقول صاحب البدائع : قال أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان . إذ غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد المكره غوثا ، وقال أبو يوسف ومحمد إن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره لأن الإكراه ليس إلا إيعادا بالحق المكره وهذا يتحقق من كل مسلط . . . ثم يقول بعد ذلك . . . وقيل الخلاف بينهما منشأه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه ثم تغير الحال في زمانهما ، ولذا تجد صاحب الهداية كما تجد صاحب الكنز يقول كلاهما ، الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا . وما قاله الإمام منشأه اختلاف الزمن . . . إلى آخره ،

ممن يتحقق الإكراه يرى أبو حنيفة أنه لا يكون إلا من السلطان

الصاحبان من كل من يستطيع تنفيذ تهديده

اختلاف الزمن سبب في اختلاف الحكم بينهم

٥٢٢ - الإكراه الملجئ وغير الملجئ : وعلى كل فالإكراه إذا كان بالتهديد بالقتل أو ببيت أحد الأعضاء ، أو بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو فهو إكراه تام ويسمى بالإكراه الملجئ ، وهو معدم للرضا ويفسد معه الاختيار ، أما إذا كان التهديد بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يفضي إلى التلف فهو إكراه ناقص أو غير ملجئ . وهو معدم للرضا أيضا غير أن الاختيار لا يفسد به لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به ، وإن كانت طبائع الناس تختلف في ذلك كما يقول الفقهاء وعلماء الأصول . وإليك ما يقول صاحب مرآة الأصول : والإكراه نوعان ما يعدم الرضا ويفسد

الإكراه الملجئ وغير الملجئ

الاختيار بأن يكون الإكراه ياتلاف النفس أو العضو وهو الملجئ. أى الموجب لإلجاء الفاعل واضطراره إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو. والثانى ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار بأن يكون الإكراه بحبسه أو قيده أو ضربه أو نحوها مما يوجب غما يعدم الرضا، وهذا يختلف باختلاف الناس فإن الأراذل ربما لا يغمون بالضرب أو الحبس، فالضرب اللين لا يكون إكراهاً فى حقهم بل الضرب المبرح، وكذا الحبس إلا أن يكون مديداً يتضجر منه، والأشراف يغمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون إكراهاً لهم... وهو بقسميه لا ينافى الأهلية،

اثر طبيعة الشخص
على الإكراه
غير الملجئ

٥٢٣- الإكراه مع عدم الرضا : فالإكراه سواء أكان ملجئاً أم غير ملجئ، مع عدم الرضا وهو بقسميه أيضاً لا يؤثر على أهلية الأداء أما الاختيار الذى هو القصد إلى الفعل أو كما يقول الأصوليون من الأحناف وهو القصد إلى أحد طرفى الممكن بترجيحه على الآخر، فهو الذى يفسد مع الإكراه الملجئ ويبقى سليماً مع الإكراه الناقص

الإكراه بقسميه
عدم الرضا
والملجئ مفسد
للاختيار

٥٢٤- حكم العقد مع الإكراه : سبق أن بينا أن الأحناف يفرقون بين الاختيار والرضا خلافاً لغيرهم وقلنا إن العقود التى استثناها الشارع بنص الحديث - لأن الهزل فيها يأخذ حكم الجذ - اعتبر الأحناف مجرد وجود القصد إليها موجداً لها مظهراً لحكمها. وهى النكاح والطلاق إلى الآخر وأن المكروه قد تخير أخف الضررين فكان مختاراً فى قصده إلى العقد إلى غير ذلك مما قلناه من قبل، أما فيما عداها فالأحناف مع غيرهم فى أن العقد مع الإكراه غير صحيح مع ملاحظة أن غير الصحيح عند الأحناف يشمل الفاسد والباطل، وعقد المكروه عندهم يكون فاسداً، أما غير الأحناف فغير الصحيح عندهم نوع واحد لا يتعقد أصلاً سواء سمي باطلاً أم فاسداً. وعلى ما يراه الأحناف يكون للمكروه عند إزالة الإكراه حق فسخ العقد أو إمضائه وعند غيرهم لا يوجد عقد.

حكم العقد مع
الإكراه

لا أثر لتفرقة
بين الملجى وغيره
في العقود

٥٢٥ - أثر التفرقة بين الملجى وغيره تظهر في الأفعال ودون العقد:
والتفرقة بين الإكراه الملجى وغيره في الواقع لم أجد لها أثرا فعليا في
العقود وإنما هي تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها لأن الفقهاء لم يفرقوا بين
حالات الإكراه عند كلامهم على عقد المكره ، وإن كان لهذه التفرقة أثر في
التصرفات الفعلية التي يكره عليها الشخص كالإكراه على القتل ، أو على شرب
الخمر ، أو الإشراف بالله ، أو إتلاف مال الغير أو سرقة . وليس هذا موضع
دراستنا في العقود (١) ، وإن كان مقتضى هذا التقسيم . وكون الإكراه
الملجى يفسد الاختيار أيضا . كلاهما يقضى بأن العقود الخمسة التي قالوا
إن الهزل فيها يأخذ حكم الجسد بنص الحديث لا تنعقد مع الإكراه
الملجى . لانعدام الاختيار والرضا معا تبعا لقواعد الأحناف . . هذا
ما أفهم أن قواعدهم في الرضا والاختيار يجب أن تنتج مع تقسيمهم
للإكراه إلى ملجى يفقد الرضا ويفسد الاختيار وغير ملجى ، وقولهم في
تعليل العقود الخمسة إن وجود الاختيار فيها يغني عن الرضاء . . ؟ ! فإن
الاختيار في الإكراه الملجى مع قولهم بأنه معدوم للرضا والاختيار معا

(١) وقد تناول القانون الإكراه في المادتين ١٢٧ و ١٢٨ ، ويعرف الدكتور السهوري
في الوسيط ص ٣٣٤ الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد والى .
يفسد الرضاء ليست من الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل من الرهبة التي تقع في نفس
التعاقد . ويرى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضاء فإنه لا يعدمه لأن إرادة المكره موجودة
إلا اختار أهون الضررين . وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة كما إذا
أمسك المكره بيد المكره وأجبره القلم في يده بالتوقيع على التزام في هذه الحالة يكون العقد
باطلا لانعدام الرضاء .

نهاية العقد

٥٢٦ - ما ينتهي به العقد : وأخيرا بعد أن أتممنا الكلام عن العقد بالقدر

الذي سمح به الظرف يهمننا أن نشير إشارة عابرة إلى ما ينتهي به العقد وهو يمكن أخذه واستنتاجه مما تقدم . فقد عرفنا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلا كسبب لظهور الحكم فيه ، وأن العقد الفاسد يراه الأحناف منعقدا ويلزم فسخه وإنهاؤه لما اتصل به من الوصف الفاسد الذي ترتب عليه نهى الشارع إلا إذا حدث ما يمنع من إنهائه فإن الحكم يظهر بسبب ما أقدم عليه العاقد من التنفيذ مع استحقاقه الإثم من الله . أما العقد الصحيح فقد بينا أنه إما أن يكون نافذا ، أو موقوفا . والنافذ إما أن يكون لازما أو غير لازم وقلنا إن العقد غير اللازم يمكن فسخه وإنهاؤه ما لم يتعلق به حق الغير كالوكالة فإنها تفسخ وتنتهي من جانب طرفي العقد كل منهما بمفرده مستبدا بالفسخ إلا إذا تعلق بها حق الغير . وكالكفالة والرهن وغيرهما من جانب من كان العقد غير ملزم له وهو المكفول له والمرتهن إلى غير ذلك مما تقدم بيانه .

العاقد الفاسد
يلزم فسخه

العقد الموقوف
يصح أن يفسخ

وكذلك العقد الموقوف على الإجازة كما يقول الأحناف فإن من يملك الإجازة يستطيع أن ينهي العقد سواء أكان صاحب الشأن في عقد الفضولي وكان العقد لم يجد نفاذا على الفضولي نفسه أم كان من له ولاية على العاقد كالولي والوصي على الصغير ومن في حكمه . أم كان الفضولي نفسه فيما ترجع عليه فيه الحقوق كما بينا ، ومن هذا القبيل عقد المدين بدين مستغرق والمريض مرض الموت ومن أوصى من ماله بأكثر من الثلث فإن كل هذا يكون موقوفا على إجازة الدائنين والورثة حسب التفصيل السابق . وعند عدم الإجازة يصير العقد منتهيا .

الخيار يجزأ الفسخ

والعقد الصحيح النافذ اللازم قد يرد عليه الفسخ أيضا وذلك كما قلنا إذا اتصل به خيار أو وجد به عيب إذ الخيارات تجعل العقد اللازم غير لازم بالنسبة لمن له الخيار فإذا فسخه انتهى العقد أيضا . بقی أن نقول إن العقد قد ينتهي رغم نفاذه ولزومه دون أن يتصل به خيار أو يوصف بعيب وذلك إذا

تراضى الطرفان على فسخه وإنهائه وهذا ما سميناه بالإقالة (١) وقد وردت السنة بإجازتها والحث عليها لأنها تدل على ندم العاقد على عقده وهذا ينقص من الرضاء يقول صلى الله عليه وسلم « من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » (٢).

الإقالة

وبعد هذا فإن عدم التنفيذ من أحد العاقدين للعقد اللازم يجعل من حق الآخر طلب إجباره على التنفيذ فإذا لم يمكن حق له الفسخ (٣) على تفصيل فيه وأخيراً . فإن من العقود ما تنتهى بانتهاء المدة التى حددها العقد وإلا فإنها تنتهى بموت أحدهما سواء أبقىت المدة أم انتهت كعقد الإجارة والإعارة .

عدم تنفيذ أحدهما

هذه عجالة خاطفة مما يذنبى به العقد سقناها إليك كإشارة إلى ما يمكن استنتاجه مما تقدم فى الكلام عن العقد وبهذه الإشارة عن مواضع نهاية العقد ينتهى الكتاب الخامس فى العقد وبانتهائه ينتهى الكتاب جمعيه أما العقود بالتفصيل فقد تناولنا الكثير منها فى كتابنا السابق وليس فى الوقت متسع لها .

(١) ويرى القاضى أبريوسف من الأحناف أن الإقالة بيع جديد بينما يرى الإمام أنها فسخ بالنسبة لهما وبيع جديد بالنسبة للأجنبي فقط بحيث إذا كان عقاراً فإن للجار حق الشفعة .

(٢) راجع كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٥ .

(٣) وقد تناولت المادة (١٥٧) من القانون المدنى الجديد هذا وأجازت للعاقد عند امتناع الآخر عن تنفيذ العقد الملزم لهما أن يطالبه بالتنفيذ أو بفسخ العقد وقد خولت له تعويضاً فوف ذلك .

خاتمة

وبعد ، فإننى أضع ما كتبت وما قمت به من مجهود بين يدي القارى .
ولا حاجة بى لأن أعتذر عن بعض الأخطاء المطبعية أو ما فتنى من رغبة
التوسع فى المقارنة متى عرفت أنى بدأت الكتابة والطبع فى ١٠/١١/١٩٥٤
وأنى أكتب هذا اليوم لينتهى طبعه مع الفهرس قبل ١٥/١/١٩٥٥ حتى يتمشى
مع الوقت المحدد لامتحان الطالب فى ٥/٢/١٩٥٥ ، فهذا وحده يصور لك
ما بذل فى سبيل إتمامه من مجهود ومشقة مع كثرة المشاغل وعدم وجود
مساعد يشرف على الطبع . والله تعالى هو المعين والموفق ؟

الزيتون فى ١٨ جمادى الأولى سنة ١٣٧٠

١٢ يناير سنة ١٩٥٥

فہر س تفصیلی

الكتاب الاول

مدخل للشرعة الإسلامية (٧ - ٥٣)

القسم الأول

إلمامة بتاريخ الفقه الإسلامي (٧ - ٤٢)

الفصل الأول - التعريف بالشرعة :

التشريع وحاجة الناس إليه ٧ . مميزات التشريع السماوى . التشريع الإسلامى ٨ . القواعد الكلية فى التشريع الإسلامى ٩ . الإسلام ومأسبقه من تشارىع وحضارات ١٠ . ما تناوله التشريع الإسلامى ١١ . الفقه الإسلامى ومشملاؤه .

الفصل الثانى - الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى :

عصر الرسول ١٤ . التشريع بين مكة والمدينة ١٦ . مصدر التشريع فى هذا العهد ، شخصية الرسول وأصحابه فى التشريع ١٧ . أثر اجتهاد الرسول وأصحابه فى التشريع ١٨ . عصر الصحابة ، الفتوحات والفقه فى عهدهم ١٩ . احتياط أبوبكر وعمر فى الأخذ بالسنة ٢٠ . مصادر التشريع فى هذا العصر ٢١ . اجتهاد الصحابى وأثره ، تفرق الصحابة فى المدن ٢٢ . أثر الحكم فى الفقه ، عصر ازدهار الفقه ٢٣ . المدن التى انبعث منها ٢٤ المدارس الفقهية ، أهل الرأى ٢٥ . أهل الحديث ، بدء التدوين ٢٦ . أسباب اختلاف الفقهاء ٢٧ . الموالى والفقه الإسلامى ٢٨ . أثر السياسة فى الفقه ٢٩ . عصر التقليد والجمود ٣٠ . أسباب الجمود ٣١ . طبقات الفقهاء فى هذا العصر ، كثرة التصنيف فى الفقه المذهبى ، عصر النهضة ٣٢ . نهضة الفقه فى مصر ٣٣ .

الفصل الثالث - تاريخ المذاهب :

الأباضية ٣٥ . الزيدية ، الفاطمية ٣٦ . الرواندية ، الأحناف ٣٧ . مالك ٣٩ . الشافعى ٤٠ . ابن حنبل ٤١ .

القسم الثاني

مصادر الفقه الإسلامى (٤٣ - ٥٣)

الفصل الأول - المصادر فى عهد الرسول :

القرآن ، ترجمته ، نزوله ٤٣ . كتابته ٤٤ . ما تناوله من الأحكام ، السنة ، حجيتها ٤٥ . أقسامها وتفاوت الفقهاء فى الأخذ بها ٤٦ .

الفصل الثانى - مصادر التشريع بعد عهد الرسول :

الإجماع ٤٧ . حجيته . القياس ٤٨ . حجيته ، الاستحسان ٤٩ ، المصالح المرسلة ٥٠ ، العرف والعادة ٥١ ، متى يصلح لبناء الحكم عليه ، حجيته ٥٢ .

الكتاب الثانى

الأموال وطرق تملكها (٥٦ - ١٠٨)

القسم الأول

الأموال (٥٦ - ٧٥)

الفصل الأول - المال وأقسامه :

ماهو المال ٥٦ . المتقوم وغير المتقوم ٥٨ . العقار ٥٩ . المتقول ٦٠ . المثل ٦١ . القيمى ٦٢ .

الفصل الثانى - المنافع :

تعريف المنفعة ٦٤ . مالية المنافع ٦٥ . تقوم المنافع ، نظرة الأحناف وغيرهم ٦٦ . أثر اختلاف الفقهاء فى مالية المنافع ٦٧ .

الفصل الثالث - الحقوق :

تعريف الحق ، ما يطل عليه كلمة حق ٦٩ . الحق بمعناه الخاص ، الحقوق المالية وغيرها ٧٠ . ما يؤول إلى ماله وما ليس كذلك ٧١ . ما تنقل الإسقاط وما لا تنقله ٧٢ . ما يورث وما لا يورث ٧٤ . منشأ الحق ٧٥ .

القسم الثاني

الملكية (٧٦ - ١٠٨)

الفصل الأول - الملكية وأنواعها :

تعريفها ٧٦ . ما يكون فيه الملك ، قابلية الأعيان ومنافعها للملك ٧٧ .
أنواع الملكية ، الملك التام ٧٨ . أسباب الملك التام ٧٩ . الملك الناقص
وسببه ٨٠ . ملك الرقبة فقط ، ملك المنفعة فقط ٨١ .

الفصل الثاني - حق الانتفاع الشخصي :

ملك المنفعة الشخصية ، أسبابها ٨٢ . حق الانتفاع وملك المنفعة ٨٥ .
الرقبة في يد المنتفع ، مؤنة العين مدة الانتفاع ٨٦ . هل يورث هذا الحق ٨٨ .
أثر هلاك العين في هذا الحق ٨٩ . خواص ملك المنفعة الشخصي ٩٠ .

الفصل الثالث - حقوق الارتفاق :

~~تعريفها ٩١ . هل يصح انتفاعاً بغير ملك ٩٤ . خواص حقوق~~
~~الارتفاق ٩٥ . حق الشرب ٩٥ . أنواع المياه بالنسبة لهذا الحق ، الماء المباح ٩٦ .~~
~~الماء المباح إباحة خاصة ٩٧ . هل يباع حق الشرب أو يورث ٩٨ ، الماء~~
~~المحظور ٩٩ . ~~خواص~~ ١٠٠ . هل يباع حق المرور ، الطريق العام ١٠١ .~~
~~الطريق الخاص ١٠٢ . حق التعليق ١٠٤ . هل يباع من غير بناء ، ١٠٥ .~~
~~أسباب ملك الارتفاق ١٠٦ . أسباب ملك الارتفاق ١٠٧ .~~

الكتاب الثالث

الاستيلاء على المال المباح (١١١ - ١٣٦)

القسم الأول

طرق حيازة الماء والصيد (١١١ - ١١٨)

الفصل الأول - الحيازة وخواصها وحيازة الماء :

تعريف الحيازة ، المال المباح ، خواص الحيازة ١١١ . المال المباح

وطرق حيازته، ~~حيازة الماء ١١٢~~ . ~~حيازة الكلا ١١٣~~ ~~حيازة النار ١١٤~~ .
الفصل الثاني - حيازة الصيد :

الصيد وطرق الاستيلاء عليه، الاستيلاء الحقيقي والحكمي ١١٥ . خواص
كل منهما ، فرار الصيد من صاحبه وتركه له ١١٧ . تطبيق في الصيد ١١٨ .

القسم الثاني

حيازة الركاز والأرض الموات (١٢١ - ١٣٦)

الفصل الأول - الركاز :

تعريفه ١٢١ . أنواع الركاز، ~~حيازته~~ ، ~~أراء الفقهاء ١٢٢~~ ، ~~منشأ خلاف~~
~~الفقهاء ١٢٣~~ . ~~حصة بيت المال ١٢٤~~ . ~~حيازة الكنوز~~ ، ~~الحكم الإسلامي~~
~~والإمامي ١٢٥~~ . ~~المعادن الفلزية~~ ، ~~معادن البحار ١٢٦~~ .

الفصل الثاني - الأرض الموات :

تعريفها ، اشتراط بعدها عن العمران ١٢٨ . ما يجب لتملكها ١٢٩ . هل
لابد من إذن ولي الأمر مع الإحياء ١٣٠ . ما يتم به الإحياء ١٣١ . التحجير
١٣٢ . حق التحجير والأرث ١٣٣ . ما يفرض على الأرض لبيت المال إذا
تخربت الأرض بعد الإحياء ١٣٤ . أراء الفقهاء ١٣٥ .

الكتاب الرابع

الشفعة (١٣٩ - ٢٤٢)

القسم الأول

أسباب الشفعة وشروطها (١٣٩ - ١٨٨)

الفصل الأول - الشفعة ودليها :

معنى الشفعة ١٣٩ . تعريفها ١٤٠ . تاريخ تشريعها ، هل هي تشريع
استثنائي ١٤١ . دليل تشريعها ١٤٢ . حكمة مشروعيتها ١٤٤ . الشفيع ، هل

إعراض الوصي عن طلبها مسقط لحق الصغير ١٤٥ - آراء الفقهاء ١٤٦
الفصل الثاني - أسباب الشفعة :

الشفعة والمنقول ١٤٨ ، الشفعة والعقار ١٤٩ ، أسباب الشفعة عند
الأحناف ودليلهم ١٥٠ ، أسبابها عند غير الأحناف ودليلهم ١٥١ ، الشركة
في نفس العقار ١٥٢ ، نزاحم الشفعاء واختلاف أنصبتهم ١٥٣ ، الأحناف
ودليل وجهتهم ١٥٤ ، باقى الفقهاء ودليل وجهتهم ، القانون ١٥٥ ،
الشركة في مرافق العقار ١٥٦ ، الشفعة بالجوار ١٥٧ ، العلو على السفلى ١٥٨ ،
مناقشة أسباب الشفعة في الفقه ١٥٩ ، مراتب الشفعاء ١٦١ ، ما يراه أبو يوسف
في حجب الأدنى بالأقوى ١٦٣ ، العبرة بقوة السبب لا بتعددده ١٦٤ .

الفصل الثالث - شروط الشفعة :

ما يشترط لتحقيق الشفعة ، المشفوع فيه عقار ١٦٥ ، بعض صور العلو
على السفلى وحق الشفعة ١٦٦ ، مناقشة تطبيق الأحناف في هذا ١٦٧ ، حق
الشفعة بعد انهدام العلو ١٦٩ ، الأحكام والشفعة ١٧٠ ، المشفوع به عقارا ،
خروج المشفوع من ملك صاحبه بعوض مالى ١٧١ اشتراط الخيار للبائع
أو المشتري أو لهما ١٧٢ ، اشتراط الخيار للشفيع ١٧٣ ، خروج العقار بغير
عوض ١٧٤ . الشفعة والموقوف ، الشفعة والموهوب ١٧٥ ، الشفعة
والميراث ، والقسمة ، والهبة بشرط العوض ١٧٦ ، الصلح عن مال ، عن
عقار ١٧٧ ، خروج العقار نظير أجر أو منفعة أو حق ١٧٨ ، آراء الفقهاء في
هذا ١٧٩ ، بقاء المشفوع به في ملك الشفيع حتى تتم الشفعة ١٨٠ ، لا يشفع
بالوقف ١٨٢ ، موت الشفيع ١٨٣ ، بشرط ألا يسقط الشفيع حقه ، وكالة
الشفيع عن المشتري ١٨٤ ، تنازل الشفيع قبل البيع . الشفعة والمزاد العلنى
١٨٥ ، الشفعة حق شخصى لا عينى ١٨٧ .

القسم الثانى

إجراءات التملك بالشفعة وبطلان ملكية البائع (١٨٩ - ٢٢٢)

الفصل الأول - إجراءات طلب الشفعة :

يجب على الشفيع طلب جميع المبيع ١٨٩ ، طلب البعض ، لو كان المبيع

متعددا ١٩٠ ، إذا كان المشتري أكثر من واحد ، طلب الكل ثم اتفق مع المشتري على الجزء ، تنازل عن الشفعة لشخص بعد طلبها ١٩١ ، ما يلزم لطلب الشفعة ، طلب الموائبة ، متى يعتبر عالما بالبيع ١٩٢ ، إعراض الشفيع بناء على خبر كاذب ١٩٣ ، وقت طلب الموائبة ١٩٤ ، الإشهاد على طلب الموائبة ، طلب التقرير ١٩٥ ، الجهة التي يتقدم إليها طلب التقرير ١٩٦ ، الإشهاد على هذا الطلب ، وقت طلب التقرير ، ١٩٧ ، طلب الخصومة ، الوقت الذي ترفع فيه الدعوى ١٩٩ ، ما يحتويه الطلب ٢٠٠ ، الخصم في دعوى الشفعة ٢٠١ ، تملك الشفيع للمشفوع فيه ٢٠٢ .

الفصل الثاني - الشفيع الغائب :

غيبة بعض الشفعاء ، أخذ الحاضر للجميع ٢٠٤ ، بقاء حق الغائب حتى يعلم ، بعض الفقهاء يسقط حق الغائب ٢٠٥ ، علم الغائب بالبيع ٢٠٦ ، الغائب وطلب الشفعة بعد القضاء للحاضر ٢٠٧ ، رفض الدعوى في مواجهة الحاضر لا يسقط حق الغائب ٢٠٨ ، ثمرة العقار في يد الشفيع الحاضر ٢٠٩ .

الفصل الثالث - الثمن الذي يأخذ به الشفيع :

هل يجب دفع الثمن قبل الحكم ٢١٠ ، ما يلزم الشفيع دفعه إن كان الثمن مثليا أو قيميا ٢١١ ، إذا كان الثمن غير حال ٢١٢ ، النقصان في الثمن ٢١٣ ، حط جميع الثمن ٢١٥ ، الزيادة في الثمن ٢١٦ .

الفصل الرابع - تملك الشفيع واستحقاق الغير للمبيع :

الآثار المترتبة على طلب الشفعة ، ما يملكه الشفيع ٢١٧ ، وقت ثبوت ملكية الشفيع وطريقها ٢١٨ ، هل الشفعة شراء على البائع أم على المشتري ٢١٩ ، ظهور بطلان ملكية البائع للمشفوع فيه ، من يضمن حق الشفيع بعد استحقاق الغير للمبيع ٢٢٠ ، ما يرجع به الشفيع إن أحدث زيادة ٢٢١ .

القسم الثالث

التصرف في المشفوع فيه ومسقطات الشفعة (٢٢٣ - ٢٤٢)

الفصل الأول - تصرف المشتري في المبيع قبل تملك الشفيع :

عقد الشراء يجعل للمشتري حق التصرف ، لو قضى للشفيع بعد تصرف المشتري ٢٢٢ ، التصرفات الناقلة للملكية والمقررة حقا للغير ٢٢٤ . شرط إبطال هذه التصرفات والتمن الواجب ٢٢٥ ، بأى البيعين يأخذ الشفيع إذا تصرف المشتري بالبيع ٢٢٦ ، من الذى يخاصمه الشفيع ، نظرة القانون فيمن يملك عليه الشفيع ٢٢٧ ، لو وقف المشتري المبيع أو وهبه أو تصدق به وتملكه الشفيع فلن الثمن ٢٢٨ ، تصرفات المشتري بما يزيد فى العقار أو ينقص فيه ، الزيادة التى لا يمكن فصلها ٢٢٩ ، زيادة يمكن فصلها فى وقت معين ٢٣٠ ، زيادة تفصل وليس لها وقت معلوم ٢٣١ ، غلة المبيع ونماؤه فى يد المشتري ٢٣٢ ، ما يزيد المشتري فى نظر القانون ، نقصان قيمة المشفوع فيه فى يد المشتري ٢٣٣ ، نقصان العقار نفسه ، والنقصان بسبب زوال ما تبع العقد بالنص ٢٣٤ ، النقصان بسبب زوال ما يتبع العقد من غير نص ٢٣٥ .

الفصل الثانى — مسقطات الشفعة والتحايل على إبطالها :

مسقطات الشفة ٢٣٧ ، القانون يعتبر عدم دفع الثمن قبل الدعوى من مسقطات الشفعة ٢٤٠ ، الاحتيال على إسقاط الشفعة ، رأى الفقهاء فى استعمال الحيلة ٢٤١ ، بعض صور الحيل ٢٤٢ .

الكتاب الخامس

العقد فى الفقه الإسلامى (٢٤٥ — ٢٥٣)

القسم الأول

تكوين العقد وأثره (٢٤٥ — ٣٢١)

الفصل الأول — تعريف العقد وشروطه :

~~العقد عند المنويين ، عند الفقهاء ٢٤٥ ، عند رجال القانون ، العقد~~
~~والالتزام ٢٤٧ ، متى يجب الرقابة بالعقد ، ما يتوقف عليه جرح العقد ٢٤٨ ،~~
~~ركن العقد ، الإيجاب والقبول ، شروط العقد ٢٤٩ ، أهلية المتعاقد ، توافق~~

الإيجاب والقبول على محل عقد بعينه ٢٥٠ ، القبول يتضمن الإيجاب وأكثر ٢٥١ ، القبول لا يتضمن الإيجاب ، وجهة نظر الفقهاء ، وأثرها في التعاقد ٢٥٢ ، ~~حكم القانون في هذا~~ ، قبول محل العقد للتعاقد شرعا ٢٥٣ ، أن ينتج العقد فائدة ٢٥٤ ، اتصال الإيجاب بالقبول ، أن يفهم كل منهما عبارة الآخر ٢٥٥ ، التقييد بصدور القبول في مجلس العلم بالإيجاب وحكمته ٢٥٦ ، اشتراط الشافعية للفورية ، خيار المجلس عندهم ٢٥٧ ، رأى الأحناف في الفورية واشتراطهم خيار القبول ٢٥٨ رأى ابن حنبل في الفورية وخيارى المجلس والقبول ٢٥٩ ، رأى المالكية ، ~~القانون مع الأحناف في عدم~~ الفورية ٢٦٠ ، خلاصة ما قيل في اتصال القبول بالإيجاب ٢٦١ ، رجوع الموجب عن قبوله في المجلس ، خيار الرجوع ٢٦٢ تجزئة الإيجاب أو القبول ، خروج الموجب عن أهليته ٢٦٣ ، التعاقد بالتليفون ، العقود التى يشترط فيها اتحاد المجلس ٢٦٤ ، التعاقد بالرسائل ٢٦٥ ، رجوع الرسائل قبل علم المرسل إليه ٢٦٦ .

الفصل الثانى — صيغة العقد وإرادة العاقد وأثرهما في ظهور الحكم :

ماهى صيغة العقد ، الإرادة الخفية لا تكون مناطا للأحكام ٢٦٧ ، مطابقة العبارة للإرادة ، التعاقد بالكلام ٢٦٨ ، لغة التعاقد ٢٦٩ ، ما يجب أن تكون عليه الصيغة ٢٧٠ ، التعاقد بالكتابة ٢٧١ ، التعاقد بالإشارة ٢٧٢ ، التعاقد بالأفعال ٢٧٣ ، آراء الفقهاء فى ذلك ٢٧٤ ، تأكيد العقد بأكثر من أداة ٢٧٥ ، عدم مطابقة العبارة للإرادة ٢٧٦ ، اقتران العبارة الملزمة بما يدل على صدورها دون قصد مطلقا ، أو دون قصد إنشاء التزام ٢٧٧ ، عبارة السكران ٢٧٨ ، عبارة المخطئ والناسى ٢٧٩ ، قصد العبارة من غير فهم مدلولها ٢٨٠ ، التظاهر بإنشاء العقد دون الرغبة فى حقيقة ، عبارة الهازل والمتظاهر ٢٨١ ، بيع التلجئة ٢٨٣ ، إظهار زيادة المهر للتفاخر ، إظهار ثمن غير المتفق عليه ، عقد المكره ٢٨٤ ، رأى الفقهاء فى عقد الهازل والمكره ٢٨٥ ، التعاقد بالفاظ لم توضع له ، التحايل بالعقد للوصول إلى المحظور ٢٨٦ ، زواج المحلل ، بيع العينة ٢٨٧ ، بيع التمر لمن يتخذ نبيذا واستتجار الشخص لجل الخمر لشاربيها ٢٨٨ ، الإرادة الظاهرة والباطنة آراء رجال الفقه ، آراء رجال القانون ٢٨٩ ، الأساس فى صحة العقود الرضا ،

~~الإرادة الواحدة~~ ، ٢٩٠ ، ~~تفرقة الإرادة~~ ، ٢٩١ ، ~~العقد~~ ، ٢٩٢ .

الفصل الثالث — الإرادة الواحدة وإنشاء العقد :

الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً ٢٩٣ ، الجعالة ٢٩٤ ، العقد والإرادة المنفردة ، هل يتم الإيجاب والقبول من شخص واحد ٢٩٦ ، مالك وابن حنبل يميزان ذلك ٢٩٧ ، زفر يتمتع مطلقاً ، الشافعي يمنع إلا في تزويج الجد لحفيده ٢٩٨ أبو حنيفة وصاحبيه يفرقون بين العقود ، العقد بإرادة واحدة والعاقدة طرف فيه ٢٩٩ ، ~~القانون في الإرادة المنفردة~~ ٣٠٠ .

الفصل الرابع — مدى سلطة العاقدة في إنشاء العقود والشروط :

هل للعاقدين مطلق الحرية في تحقيق رغبتهما في العقد ، ~~القانون في العقد~~ ٣٠٢ ، ~~القانون في العقد~~ ٣٠٢ ، الفقه العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام ٣٠٢ ، حد الشارع لما يشترطه العاقدة ٣٠٤ ، الظاهرية يرون الأصل الحظر ٣٠٥ ، أحمد ابن حنبل يرى الأصل الإباحة ، الأحناف والشافعية والمالكية بين الاتجاهين ٣٠٦ ، الشرط الصحيح ٣٠٧ ، الشرط الفاسد ٣٠٨ ، الشرط الباطل ٣١٠ .
الفصل الخامس — محل العقد :

محل العقد مال أو عمل أو منفعة ، متى يصلح المحل للتعاقد ٣١١ ، ما يشترط في محل العقد ، أن يكون موجوداً وقت التعاقد ، عقد المدة وعقد السلم ٣١٢ ، الفقه الحنفي والتعاقد على المعدوم ٣١٣ : ابن تيمية وابن القيم والتعاقد على المعدوم ٣١٤ بيع الثمر على الشجر قبل ظهوره أو قبل نضجه ٣١٥ تعين محل العقد ، جهالة الجنس وجهالة القيمة ٣١٦ ، ما يتعين به محل العقد ٣١٧ قبول المحل لحكم العقد ، التعاقد على آلات اللهو ، التعاقد على لبن المرضع ٣١٨ التعاقد على نقل الدم ٣١٩ ، إمكان تسليم العقد وقت التعاقد ٣١٩ ، التعاقد على الاستيلاء على المباح ٣٢٠ ، ~~محل العقد في القانون~~ ٣٢١ .

القسم الثاني

العقاد (٣٢٢ - ٣٧٧)

الفصل الأول — الأهلية :

~~العقد الأهلية~~ ، أهلية الرجوب ٣٢٢ ، ~~الفقه~~ ٣٢٣ ، ~~الشخص الاعتباري~~

في البعثة الإسلامية ٢٢٤ ، هل لبلق الحيوانات أهلية وجوب ٢٢٥ ، أهلية
الوجوب الناقصة ٢٢٦ ، أهلية الوجوب الكاملة ٢٢٧ ، أهلية الأهل ٢٢٨ ،
أهلية أداء ناقصة ٢٢٩ ، العقود بالنسبة لمن له أهلية أداء ناقصة ٢٣٠ تصرف
للصبي المميز وإذن وليه ، هل لا بد من الإذن قبل التصرف ٢٣١ ، الحكمة
في توقف تصرفه على الإذن ٢٣٢ ، اكتساب أهلية الأداء ، البلوغ ، الرشد
قبل البلوغ والعكس ٢٣٣ ، من الرشد ٢٣٤ .

الفصل الثاني - عوارض الأهلية :

ما هي عوارض الأهلية ، أهلية المرأة في الإسلام ٢٣٥ ، المجنون
والعته ٢٣٦ ، السفه ٢٣٧ ، الحجر على السفه ٢٣٨ ، متى يعتبر سفها ومتى
يزول السفه ، فو النفل ٢٤٠ ، الحجر بسبب الدين ٢٤١ ، مرض
الموت ٢٤٢ ، أموال المريض وتعلق حق الغير بها ٢٤٣ ، التصرفات في فترة
مرض الموت ، حكم هذه التصرفات بعد وفاة المريض ٢٤٤ ، تصرفات
المريض في المنافع ٢٤٥ .

الفصل الثالث - الولاية :

خلاصة لنفاذ العقد من الولاية ، الولاية الذاتية والولاية على الغير ٢٤٧ ،
أقسام الولاية على الغير ، سببها ، شروط الولاية على الصغير ومن في
حكمه ٢٤٨ ، مراتب الأولياء ٢٤٩ ، الولاية على المجنون والسفيه ومن في
حكمهما ٢٥٠ ، عقود الأولياء والأوصياء ومدى حرمتهم ٢٥١ .

الوكالة :

تعريفها ، دليل مشروعيتها ٢٥٢ ، حكمة مشروعيتها ، الأصل أنها بغير
أجر ٢٥٣ ، ركن الوكالة ، شروط الموكل ٢٥٤ ، شروط الوكيل ٢٥٥ ،
ما يشترط في الموكل به ٢٥٦ ، التوكيل بالخصومة ٢٥٧ ، الوكالة منجزة ومضافة
ومعلقة ٢٥٨ ، الوكالة مطلقة ومقيدة ٢٥٩ ، الوكالة خاصة وعامة ٢٦٠ ،
الوكالة لا تصح إلا في معلوم ٢٦١ ، تعدد الوكلاء ، متى يعتبر الغائب ووكيلا
ومتى يعتبر رسولا ٢٦٢ ، حكم العقد ٢٦٣ ، حقوق العقد ٢٦٤ ، خلاصة الكلام

في حكم العقد وحقوقه ٣٦٧ ، الوكالة عقد غير لازم لهما ، الوكيل أمين لا يضمن ٣٦٨ ، ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ٣٦٩ .

الفصل الرابع — الفضولي :

من هو الفضولي ، الدافع لعقد الفضولي ٣٧١ ، أثر الإجازة في بدء نفاذ عقد الفضولي ٣٧٢ متى يكون موقوفا على الإجازة ، عدم إمكان نفاذه على الفضولي ٣٧٣ . وجود مجيز للعقد وقت إنشائه ٣٧٤ ، شروط صحة إجازة صاحب الشأن لعقد الفضولي ٣٧٥ . الفضولي وسلطته في فسخ العقد قبل الإجازة ٣٧٦ ، حالات أحكام الفضولي ٣٧٧ .

القسم الثالث

أقسام العقد

الفصل الأول — أقسامه من ناحية القصد ووجود الأثر دفعة أو متتالي :

غاية العاقد من العقد وقصده ، أثر قصد العاقد في صحة العقد وحكمه ٣٧٨ تقسيم العقد إلى مجموعات ٣٧٩ ، عقود المعاوضات ٣٨٠ ، عقود التبرعات ٣٨١ عقود الإسقاطات ، عقود الإطلاقات ، عقود التقييدات ، عقود الشركات ٣٨٢ ، عقود الضمانات ، عقود الاستحفاظ ، أقسام العقد من ناحية ظهور حكمه دفعة أو متتالي ٣٨٣ .

الفصل الثاني — أقسام العقد من ناحية وصفه :

وصف العقد بالحل والحرمة ، وصفه بأنه صحيح وغير صحيح ٣٨٥ ، العقد النافذ ، العقد اللازم ٣٨٦ ، غير اللازم ، العقد الموقوف ٣٨٧ ، غير الصحيح وخلاف الفقهاء فيه ٣٨٨ ، الباطل عند الأحناف وحكمه ، العقد الفاسد ٣٨٩ ، حكم العقد الفاسد ٣٩٠ ، منشأ خلاف الفقهاء في العقد الفاسد ٣٩١ .

الفصل الثالث — أقسام العقد من ناحية زمن اتصال الحكم بالصيغة :

أثر الصيغة في ظهور الحكم ، طبيعة العقد وأثرها في تحديد وقت ظهور

الحكم ٣٩٣ ، العقد المنجز ٣٩٤ ، الأصل في العقود التنجيز ، العقد المضاف ٣٩٥ ، العقد المضاف والموقوف ٣٩٦ ، العقود التي لا تكون إلا مضافة ، والعقود التي لا تقبل الإضافة ، والعقود المرنة التي لا يجوز فيها ذلك ٣٩٧ ، العقد المعلق ، والتعليق على مستحيل ٣٩٨ ، التعليق على ما يظهر حدوثه قبل ، التعليق على ما يحتمل الحدوث مستقبلا ، ما يقبل التعليق على أى شرط ٣٩٩ ، ما يقبل التعليق على الشرط الملائم ، ما لا يقبل التعليق مطلقا ٤٠٠ ، تعليل الأحناف لرأيهم في التعليق ، الفرق بين المضاف والمعلق ٤٠١ ، آراء الفقهاء ٤٠٢ ، الأثر المترتب على اختلافهم ، الفرق بين المعلق والمقترن بالشرط ٤٠٣ .

القسم الرابع

الخيارات وعيوب الإرادة (من ٤٠٥ - ٤٥١)

الفصل الأول - خيار التعيين:

الشروط والخيارات ، تعريف الخيارات ٤٠٥ ، حكمة تشريعها ٤٠٦ ، خيار التعيين ٤٠٧ ، آراء الفقهاء في خيار التعيين ٤٠٨ ، ما يشترط لصحة خيار التعيين ، لزوم العقد مع خيار التعيين ٤٠٩ ، موت من له خيار التعيين ، هل له شراء السلع جميعها بنفس العقد ٤١٠ ، هل للبائع خيار تعيين ، مبطلات خيار التعيين ٤١١ .

الفصل الثاني - خيار الشرط :

تعريفه متى يشترط ، دليل مشروعيته ٤١٢ ، حكمة تشريعه ، طبيعة العقد وخيار الشرط ٤١٣ من يثبت له ٤١٤ ، اشتراطه لأجنبي لا يسقط حق الأصل . مدته ٤١٥ ، إذا اتفقا على مدة غير مشروعة ثم أجازا العقد في المياة الجائزة ٤١٦ ، حكم العقد في الخيار مدة ، العقد المضاف وما فيه خدر الشرط ٤١٧ ، حكم ملكية من له الخيار والآخر ، هل ما خرج من مالك الملتزم يدخل في ملك من له الخيار ٤١٨ ، التصرفات في مدة الخيار ٤١٩ ، نماء المبيع والانتفاع بالثمن في مدة الخيار ٤٢٠ ، طريق فسخ وإجازة من

له الخيار ، هل لابد لتمام الإجازة أو الفسخ من علم الآخر ٤٢١ ، خيار الشرط لا يورث ، مسقطات الخيار ٤٢٢ .

الفصل الثالث — خيار الرؤية :

تعريف خيار الرؤية ، الحكمة في تشريعه ٤٢٣ ، آراء الفقهاء في خيار الرؤية ٤٢٤ ، سبب خيار الرؤية وطريق ثبوته ٤٢٥ ، لمن يثبت هذا الحق ودليله ٤٢٦ ، العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية ٤٢٧ ، ما يشترط لثبوت هذا الحق ، ما تتحقق به الرؤية ، رؤية الوكيل ٤٢٨ ، وقت ثبوت خيار الرؤية ومتى ينتهي ٤٢٩ ، هل لمن له خيار الرؤية حق الفسخ قبلها ٤٣٠ ، عدم تجزئة الصفقة ، هل لابد من علم الآخر ، هل يورث هذا الحق ٤٣١ ، مسقطات هذا الحق ٤٣٢ .

الفصل الرابع — خيار العيب :

صورته وسببه ، ما يعتبر عيبا ٤٣٣ ، دليله ، من يثبت له وطريقه ، ما يثبت فيه من العقود ٤٣٤ ، ما يشترط لثبوته ٤٣٥ ، حكم العقد مع خيار العيب ، قبول العيب ٤٣٧ ، إذا ثبت العيب ورغب في الفسخ ٤٣٨ ، هل الرد بالعيب يعتبر بيعا ، ظهور العيب بعد بيع المبيع ، الخصم عند ظهور العيب ٤٣٩ ، ما يمنع الرد ويسقط الخيار ، امتناع الرد وعدم استرداد شيء ٤٤٠ ، يمتنع الرد ويرجع بقية النقصان ، موت من له خيار التعيين ٤٤١ .

الفصل الخامس — عيوب الإرادة وأثرها في العقد :

الغلط ، تعريفه ، الغلط في الجنس أو في الوصف ٤٤٢ ، الغلط الباطني ، حكم العقد مع الغلط في جنس المحل ٤٤٣ ، حكم العقد مع الغلط في الوصف ٤٤٤ .
الغبين والتغير : تعريفهما ٤٤٤ ، حكم العقد مع كل منهما ٤٤٥ ، الغبن الفاحش مع الإغراء ، أثر الغبن والتغير في العقد ، طبيعة العقود وهذا العيب ٤٤٦ ، الإكراه : تعريفه ، متى يعتبر الشخص مكرها ٤٣٧ ، ممن يتحقق الإكراه الإكراه الملجيء وغيره الملجيء ٤٤٨ ، الإكراه معدم للرضا ، حكم العقد مع الإكراه ٤٤٩ ، أثر التفرقة بين الملجيء وغيره ٤٥٠ .

نهاية العقد : ما ينتهي به العقد : (٤٥١ — ٤٥٢)



Bibliotheca Alexandrina



0694723